

各国の成年後見法制に関する 調査研究報告書

平成 30 年 1 月

公益社団法人 商事法務研究会

「各国の成年後見法制に関する調査研究業務」

委員及び担当分野一覧

総括	田山輝明	早稲田大学 名誉教授／ 一般社団法人比較後見法制研究所 理事長
フランス	山城一真	早稲田大学法学部 准教授
ドイツ	藤巻 梓	静岡大学人文社会科学部 准教授
イギリス	橋本有生	早稲田大学法学部 准教授
アメリカ・カナダ	志村 武	関東学院大学法学部 教授
カナダ	山城一真	早稲田大学法学部 准教授
オーストリア	田山輝明	早稲田大学 名誉教授／ 一般社団法人比較後見法制研究所 理事長
オーストラリア	櫻井幸男	立教大学社会デザイン研究所 研究員
中国	銭 偉栄	松山大学法学部 教授
韓国	朴 仁煥	仁荷大學校 法學専門大學院 教授

目 次

「各国の成年後見法制に関する調査研究」に係る重点項目	1
第1章 フランス	5
1. はじめに	5
2. フランス成年後見法の概要	5
2-1. 各類型の特徴	
2-1-1. 保佐 (curatelle)・後見 (tutelle)	6
2-1-2. 司法救助 (sauvegarde de justice)	7
2-1-3. 将来保護委任 (mandat de protection future)	8
2-2. 概 況	8
2-2-1. 利用件数の推移	10
2-2-2. 保護内容の特徴	10
3. 障害者権利条約への対応	11
3-1. 序	11
3-2. 成年後見制度の条約 12 条への適合性	12
3-2-1. フランス政府による条約解釈	12
3-2-2. 条約適合性への疑問	13
4. 成年後見法に関連する近時の法改正	13
4-1. 序	13
4-2. 保護措置の最長期間の延長	14
4-3. 親族代理権制度の創設	14
4-3-1. 総 説	14
4-3-2. 要 件	15
4-3-3. 類型・期間	15
4-3-4. 効 果	16
5. 後見裁判官	16
5-1. 序	16
5-2. 法定後見に対する関わり	17
5-2-1. 序	17

5-2-2. 検察官とともに行使する権限	17
5-2-3. 後見裁判官に固有の権限	17
5-3. 後見裁判官の責任	18
6. 後見開始の審判	18
6-1. 申立権者	18
6-2. 医師による能力判定	19
6-2-1. 診断書を作成する医師	19
6-2-2. 診断書の内容	19
6-2-3. 本人が診断に応じない場合	19
6-2-4. 費用	20
6-3. 審理	20
7. 後見人の選任	20
7-1. 序	20
7-2. 専門職後見人 (MJPM)	21
7-2-1. 序	21
7-2-2. 後見人団体	21
7-2-3. 個人	21
7-2-4. 施設職員	22
7-2-5. MJPM の義務	22
7-3. 専門職後見人養成	23
8. 身上監護	23
8-1. 序	23
8-2. 指導原理	24
8-2-1. 自律の原則	24
8-2-2. 本人に対する情報提供	24
8-2-3. 一身専属的行為	25
8-3. 民法上の特則	25
8-3-1. 代行決定の可能性	25
8-3-2. 住居の選択	26
8-3-3. 人間関係の形成	26
8-3-4. 婚姻・離婚	27
8-3-5. いわゆる「重大な行為」	27
8-4. 公衆衛生法典における取扱い	28
8-4-1. 序	28
8-4-2. 本人の権利	28

8-4-3. 医療行為	29
8-4-4. 強制入院	29
8-4-5. 終末医療	30
9. 福祉行政との関わり	31
9-1. 序	31
9-1-1. 制度の目的	31
9-1-2. 付添措置の種類	32
9-1-3. 利用実態	32
9-2. 社会福祉上の付添措置	32
9-2-1. 契約による付添措置	32
9-2-2. 裁判所の関与による付添措置—賃貸借債務の直接支払	33
9-3. 裁判による付添措置	33
9-3-1. 制度の内容	33
9-3-2. 法定後見との関係	34
10. 任意後見	35
10-1. 序	35
10-2. 法的性質	35
10-2-1. 法的性質	35
10-2-2. 法定後見との関係	35
10-3. 委任の締結	36
10-3-1. 委任者に関する要件	36
10-3-2. 受任者に関する要件	36
10-3-3. 方式要件	36
10-3-4. 公 示	37
10-4. 委任の実施	37
10-4-1. 委任契約の発効	37
10-4-2. 委任事項	37
10-4-3. 委任契約の履行	38
10-4-4. 身上監護	38
10-4-5. 財産管理	38
10-5. 監 督	39
11. 補遺—成年後見制度の利用が進んでいる要因	39
資料 厳封の上、申請者に対して交付される詳細な診断書	41

第2章 ドイツ	45
はじめに	45
1. 法定後見について	45
1-1. 最近、世話法の領域において法改正はあったか	45
1-2. 国連の障害者権利条約の批准後において、(1-1.)のほか、法律の新たな制定又は改正があったか	45
1-3. 高齢者の介護の分野において、高齢者の保護のために世話法以外に何らかの配慮がなされているか。特に消費者保護の観点からはどうか	46
2. 法的世話制度の機能	46
2-1. 官庁又は複数の人物が後見人に選任されることはあるか。あるとすれば、これらの者は、世話人としての職務を問題なく遂行しているか。また、どのような場合に、官庁による世話人の職務の引受がなされるか	46
2-2. 資産の少ない人が世話制度を利用する場合に、利用料について配慮されているか。利用料の補助がある場合には、何を基準に補助が決められているか	47
2-3. 十分な資産を有する高齢者の世話(人)費用は、どのように考えられているか。世話制度の利用ではなく、配慮代理権の活用を推進しているという理解でよいか	47
2-4. 通常の世界のみならず、親族等による事実上の世話も受容されているか。また、その場合に、親族には違法との認識があるか	47
2-5. 世話人の報酬について、世話人報酬法には問題はないか。法改正があったと聞いているが、その基本理念(名誉職世話人と職業世話人の区別等)については、法制定以来、変化はないか。報酬の概算払いの方法は、定着したと考えるよいか	48
3. 世話裁判所について	48
3-1. 世話裁判所の役割、任務はどのようなものか。広義の成年後見に関する福祉行政との任務の分担はどのようになっているか	48
3-2. 世話人が選任された場合でも、本人の行為能力は制限されないという原則は、うまく機能しているか。この原則により、世話人が職務を遂行する際に、困難等が生じることはないのか	49
3-3. 裁判所の手続利用の前に、世話制度の利用の可否を検討するような、何らかの前置き手続があるか(オーストリアのクリアリング等)	49
4. 世話人の権限	50
4-1. 世話人には、身上監護に関する権限がどの範囲において認められているか、具体的にお聞きしたい	50

4-2. 世話人に医療代諾権が認められているか。また、親族には認められているか	50
4-3. 医療行為に対する世話人の同意権は、本人の意思表示の代理と構成されるか、それとも世話人固有の同意権と解されるか	51
4-4. 世話人の医療代諾権行使にあたり、裁判所の関与（許可等）は必要か。その際、どのような基準が設けられているか。裁判所の介入を要するとした場合、裁判所の負担（オーバーワーク）の面では問題はないか	52
4-5. 上記4-4. について、特に、生命・身体の危険が伴う、緊急を要するような医療行為の場合はどうか	52
4-6. 本人（被世話人）の医療行為に対する「同意能力」について、その有無はどのように判断されるのか。また、同意能力は、民法上の他の能力（意思能力、行為能力）との関係でどのように捉えられるべきか	52
4-7. 医療措置に対するリビングウィルに関する制度はあるか。同制度は機能しているか。その際、裁判所や医師の関与はあるか	53
4-8. 被世話人の意思が患者処分とみなされるためには、どのような要件が満たされている必要があるか	54
4-9. 本人の死後の事務処理について、世話人はどのような権限を有するか	54
5. 世話制度について	54
5-1. 世話制度において、親族はどのような位置付けを得ているか。親族には後見引受義務があるか	54
5-2. 弁護士、公証人等に後見人の引受義務があるか	54
5-3. 公的な世話センターのようなものはあるか。あるとすると、世話裁判所との協働はどのようになっているか	55
6. 任意後見制度（Vorsorgevollmacht）および世話の指示（Betreuungsverfügung）について	55
6-1. 世話の指示に関する特別な法律はあるか。ない場合に、立法の提言はあるか	55
6-2. 事前配慮代理権は民法上の委任契約か	55
6-3. 事前配慮代理権には、身上監護の内容として、医療代諾権も含まれるか。含まれる場合に、受任者の権限の濫用等に対する監督は、どのように機能しているか	55
7. 障害者権利条約との関係	56
7-1. 障害者権利条約の社会法典への影響は、障害者の参加と自己決定法の理由書に記述されている通りでよいか。この領域で残された課題は何か。障害者権利条約をきっかけとして、世話法のさらなる改正が具体的に議論されているか	56

7-2. 社会法典は、当初予定された内容・編別・構成（1編～12編）において、 ほぼ完成したと考えてよいか	57
7-3. 障害者権利条約との関連での課題は、世話法の領域にもあるのではないか。 すでに何回かの民法・世話法改正で対応してきたと考えてよいか。権利条約の いう「支援」との関係で生じている法定代理権をめぐる問題も、世話法におい ては、解決済と考えてよいか	57
7-4. 国連の障害者権利条約の批准に際して留保条項はあるか	58
7-5. 障害者権利条約12条の「legal capacity」について、独特の条文解釈がな されているか。特に、権利能力・行為能力の関係において、どのように理解さ れているか	59
7-6. 法定代理制度は、障害者権利条約における本人意思の尊重との関連で、ど のように位置づけられているか	59
7-7. いわゆる「障害者の欠格条項」（特定の事項につき障害者が資格を欠くとす る条項）について、検討がなされているか	59
8. その他の質問	59
8-1. キリスト教会の伝統的な福祉活動（例えば、カリタスの活動）は、世話法 の領域においては、世話協会に完全に移行していると考えてよいか。また、教 会に相談に来た信者を世話協会に導くということが行われているか	59
8-2. 世話の費用はどのような状況にあるか。各州が基本的に負担するとしても、 連邦はどの程度負担するのか	60
8-3. 用語法について	60
8-4. 配慮代理権の設定、世話人の選任がなされた場合に、公示の方法があるか	60
補遺 2017年9月14日 ドイツ連邦労働社会省 Nellen氏インタビュー	61

第3章 イギリス 65

1. 制度の概要	65
1-1. はじめに	65
1-2. 諸原則	65
1-2-1. 適用事項	65
1-2-2. 補充性の原則	66
1-2-3. 能力判定基準の明確化	67
1-2-4. 代行決定基準の明確化	70

1-2-5. 代行決定権限を有する機関	73
2. 本人による事前の決定	73
2-1. LPA の利用	73
2-1-1. 授権の手続き	73
2-1-2. LPA 受任者の職務範囲	75
2-1-3. 保護裁判所 (Court of Protection) および裁判所選任の後見人 (deputy)	76
2-2. 事前指示	76
2-2-1. 概要	77
2-2-2. 適用範囲	78
2-2-3. 実務上の問題点	79
3. 保護裁判所の役割	80
3-1. 概要	80
3-2. 職務権限	80
3-2-1. 宣言および決定	80
3-2-2. 後見人の選任	81
3-3. 協働機関	83
3-3-1. パブリック・ガーディアン	83
3-3-2. IMCA (Independent Mental Capacity Advocate)	84
4. 身上監護に関する事項の決定	85
4-1. インフォーマルな決定が許される場合	85
4-1-1. 原則	85
4-1-2. 例外	86
4-2. 自由の剥奪に関する事項	86
4-2-1. 必要な手続き	86
4-2-2. 定義および成否の判断基準	87
4-3. 精神病院への強制入院	87
4-4. 死後の事務	88
5. 結びに代えて：法改正の動向	88
5-1. 障害者権利条約 12 条との適合性	88
5-1-1. 政府の見解	88
5-1-2. 適合性に関する議論	89
5-2. 支援型意思決定に関する議論	90
5-3. 法改正の動向	91

第4章 アメリカ合衆国

第1節 カリフォルニア州	93
前提的事項	93
1. 国連の障害者権利条約への対応	93
1-1. 同条約の批准の有無、その批准に当たっての「留保条項」はあるか。その 内容は	93
1-2. 同条約第12条の legal capacity について、独特の（条約の）条文解釈 がなされているか。特に、権利能力・行為能力の平等の保障について	94
1-3. 同条約における障害者への「支援」はどのように理解されているか。特に、 判断能力が極めて不十分な人について。また、同条約を前提とした「支援」 に関連する新しい特別法はあるか	94
1-4. 民法上の後見人等の法定代理制度は、同条約における本人意思の尊重との 関連で、どのように位置づけられているか	95
1-5. いわゆる「障害者の欠格条項」に対して再検討がなされているか。なされ ている場合には、その理念は何か。選挙権、国家公務員・地方公務員にな る資格等。弁護士や医師についてはどうか	95
2. 最近、成年後見に関連する法律の改正はあったか	96
2-1. 特に、民法についてはどうか	96
2-2. 社会保障法の隣接領域での法改正はあったか	96
2-3. 同条約批准後において、上記以外で、成年後見関連法律の制定又は改正は あったか。例えば、選挙法の改正など。（1-3. 以外で）	97
2-4. 高齢者の取引参加について成年後見制度以外でも配慮がなされているか。 特に、消費者保護法との関連ではどうか	97
3. 法定成年後見（人）制度の機能について	98
3-1. 法人後見、複数後見は認められているか。それらは、よく機能しているか。 認められていない場合は、その理由	98
3-2. 資産の少ない人の成年後見制度の利用について配慮されているか。利用料 の補助がある場合（例えば、生活補助費として）には、その基準はどのよう なものか	99
3-3. 裁判所が関与する正式な成年後見ではなく、親族などによる事実上の成年 後見は行われているか。その場合に、「介護」の領域を超えて財産の処分等を行 う場合に、関係者は、「違法」であると意識しているか	99

3-4. 成年後見人の報酬について、特別な公的配慮がなされているか。そのため の特別法はあるか。ある場合には、報酬の基準についても。(3-2.)以外 について	100
4. 成年後見人の権限について	101
4-1. 身上監護の範囲はどのように定められているか。具体的に	101
4-2. 成年後見人に医療代諾権は認められているか。親族についてはどうか	102
4-3. 医療代諾に関するリビングウイル制度はあるか。それは、うまく機能して いるか。リビングウイルを活用する場合に、ドイツのように裁判所や医師は 関与することになっているか	105
4-4. 成年後見人の医療代諾権の行使にあつて裁判所の関与(許可等)は必要か。 その際、どのような基準が設けられているか。(4-3.) 以外の場合	106
4-5. 成年被後見人のプライバシーは、どのように保護されているか。郵便物の 管理・開封(信書の秘密)など	106
4-6. 成年被後見人の死亡直後の成年後見人の事務処理権限。成年後見人は葬式 に関する費用を出す権限を有するか	109
5. 成年後見に関する制度の在り方	110
5-1. 成年後見における親族の位置づけ。一定の範囲の親族には後見人を引き受 け義務等があるか	110
5-2. 弁護士、公証人等には、後見人の引き受け義務はあるか。例えば、オース トリア法のような基準はあるか	110
5-3. 公的成年後見の位置づけはどうなっているか。福祉関連行政の一般的位置 づけ、行政による後見はあるか。例えば、ドイツの官庁後見のような制度はあ るか	110
5-4. (公的ないし公益的な)成年後見センターが、県もしくは市町村等の地域 に設置されているか	111
5-5. 他害の危険性を含む精神障害者の後見について、特別な配慮がなされてい るか。措置入院や医療保護入院の場合における成年後見人の役割(同意、任務 等)はどうなっているか	111
6. 後見制度の利用に際しての裁判所の関与の仕方について	113
6-1. 広義の成年後見(法定後見、任意後見)に関する福祉行政との任務分担は どうなっているか	113
6-2. どのような裁判所が手続きを担当しているか。家族裁判所、簡易裁判所等。 1 裁判所が管轄する地域の人口はどの程度か	113
6-3. 裁判所の手続利用の前に何らかの前置手続きがあるか。オーストリアのク リアリング(行政による必要生のチェック)のような制度はあるか	114

6-4. 上記の成年後見センターが設置されている場合(上記5-4.)において、 裁判所との連携はどうなっているか	115
7. 任意後見制度の採用の有無	115
7-1. 民法上の「後見のための委任契約」も可能か。可能である場合には、法定 後見との関連はどうなっているか	115
7-2. 任意後見に関する特別法(規定)が定められているか。民法典中に定めら れている場合も含む	116
7-3. 同契約において、葬式などについての取り決め(死後の事務について)が なされているか	116
7-4. 日本の福祉サービス利用援助事業(社会福祉法に基づく事業、所管は厚生 労働省)のような法定代理権を伴わないサービス(契約に基づくサービス)が あるか	117
8. その他、成年後見に関して、当該国に独特な制度はあるか	117
第2節 ニューヨーク州	119
前提的事項	119
1. 国連の障害者権利条約への対応	120
1-1. 同条約の批准の有無、その批准に当たっての「留保条項」はあるか。その 内容は	120
1-2. 同条約第12条の legal capacity について、独特の(条約の)条文解釈 がなされているか。特に、権利能力・行為能力の平等の保障について	121
1-3. 同条約における障害者への「支援」はどのように理解されているか。特に、 判断能力が極めて不十分な人について。また、同条約を前提とした「支援」 に関連する新しい特別法はあるか	121
1-4. 民法上の後見人等の法定代理制度は、同条約における本人意思の尊重との 関連で、どのように位置づけられているか	122
1-5. いわゆる「障害者の欠格条項」に対して再検討がなされているか。なされ ている場合には、その理念は何か。選挙権、国家公務員・地方公務員にな る資格等。弁護士や医師についてはどうか	122
2. 最近、成年後見に関連する法律の改正はあったか	123
2-1. 特に、民法についてはどうか	123
2-2. 社会保障法の隣接領域での法改正はあったか	124

2-3. 同条約批准後において、上記以外で、成年後見関連法律の制定又は改正はあったか。例えば、選挙法の改正など。(1-3. 以外で) ……………	124
2-4. 高齢者の取引参加について成年後見制度以外でも配慮がなされているか。特に、消費者保護法との関連ではどうか ……………	124
3. 法定成年後見(人)制度の機能について ……………	124
3-1. 法人後見、複数後見は認められているか。それらは、よく機能しているか。認められていない場合は、その理由 ……………	124
3-2. 資産の少ない人の成年後見制度の利用について配慮されているか。利用料の補助がある場合(例えば、生活補助費として)には、その基準はどのようなものか ……………	125
3-3. 裁判所が関与する正式な成年後見ではなく、親族などによる事実上の成年後見は行われているか。その場合に、「介護」の領域を超えて財産の処分等を行う場合に、関係者は、「違法」であると意識しているか ……………	126
3-4. 成年後見人の報酬について、特別な公的配慮がなされているか。そのための特別法はあるか。ある場合には、報酬の基準についても。(3-2.)以外について ……………	127
4. 成年後見人の権限について ……………	127
4-1. 身上監護の範囲はどのように定められているか。具体的に ……………	127
4-2. 成年後見人に医療代諾権は認められているか。親族についてはどうか ……………	128
4-3. 医療代諾に関するリビングウイル制度はあるか。それは、うまく機能しているか。リビングウイルを活用する場合に、ドイツのように裁判所や医師は関与することになっているか ……………	129
4-4. 成年後見人の医療代諾権の行使にあつて裁判所の関与(許可等)は必要か。その際、どのような基準が設けられているか。(4-3.) 以外の場合 ……………	131
4-5. 成年被後見人のプライバシーは、どのように保護されているか。郵便物の管理・開封(信書の秘密)など ……………	132
4-6. 成年被後見人の死亡直後の成年後見人の事務処理権限。成年後見人は葬式に関する費用を出す権限を有するか ……………	133
5. 成年後見に関する制度の在り方 ……………	133
5-1. 成年後見における親族の位置づけ。一定の範囲の親族には後見人を引き受け義務等があるか ……………	133
5-2. 弁護士、公証人等には、後見人の引き受け義務はあるか。例えば、オーストリア法のような基準はあるか ……………	133

5-3. 公的成年後見の位置づけはどうか。福祉関連行政の一般的位置づけ、行政による後見はあるか。例えば、ドイツの官庁後見のような制度はあるか……………	134
5-4. (公的ないし公益的な) 成年後見センターが、県もしくは市町村等の地域に設置されているか……………	134
5-5. 他害の危険性を含む精神障害者の後見について、特別な配慮がなされているか。措置入院や医療保護入院の場合における成年後見人の役割(同意、任務等)はどうか……………	135
6. 後見制度の利用に際しての裁判所の関与の仕方について……………	136
6-1. 広義の成年後見(法定後見、任意後見)に関する福祉行政との任務分担はどうか……………	136
6-2. どのような裁判所が手続きを担当しているか。家族裁判所、簡易裁判所等。 1 裁判所が管轄する地域の人口ほどの程度か……………	136
6-3. 裁判所の手続利用の前に何らかの前置手続きがあるか。オーストリアのクリアリング(行政による必要生のチェック)のような制度はあるか……………	137
6-4. 上記の成年後見センターが設置されている場合(上記5-4.)において、裁判所との連携はどうか……………	137
7. 任意後見制度の採用の有無……………	138
7-1. 民法上の「後見のための委任契約」も可能か。可能である場合には、法定後見との関連はどうか……………	138
7-2. 任意後見に関する特別法(規定)が定められているか。民法典中に定められている場合も含む……………	138
7-3. 同契約において、葬式などについての取り決め(死後の事務について)がなされているか……………	139
7-4. 日本の福祉サービス利用援助事業(社会福祉法に基づく事業、所管は厚生労働省)のような法定代理権を伴わないサービス(契約に基づくサービス)があるか……………	139
8. その他、成年後見に関して、当該国に独特な制度はあるか……………	140

第5章 カナダ

第1節 ケベック法	143
1. はじめに	143
1-1. 調査の方針	143
1-2. 網領的規定および関連分野における立法の動向	144
1-3. 障害者権利条約との適合性	144
2. 成年後見法制の特徴と現状	145
2-1. 基本原則・通則的規定	145
2-1-1. 基本原則	145
2-1-2. 未成年後見との関係	146
2-2. 保護制度 (régime de protection) の概要	146
2-2-1. 総説	146
2-2-2. 保佐	147
2-2-3. 後見	147
2-2-4. 助言者	147
2-3. 保護制度の開始	148
2-3-1. 概要	148
2-3-2. 担当裁判官	148
2-3-3. 後見人の選任	149
2-4. 保護制度の改定	149
2-5. 保護委任 (mandat de protection)	149
2-5-1. 法的性質	150
2-5-2. 保護委任の締結・発効	150
2-5-3. 保護委任の内容・効果	151
2-5-4. 保護委任の終了	151
3. 身上監護	152
3-1. 身上監護の実施	152
3-1-1. 本人の監護	152
3-1-2. 公的保佐人の役割	152
3-2. 人格的利益に関わる法律行為	152
3-3. 医的侵襲・終末医療に関する選択	153
3-3-1. 総説	153
3-3-2. 治療に関する事前指示書	153

3-3-3. 代行決定	153
4. 財産管理	155
4-1. 能力	155
4-1-1. 保佐	155
4-1-2. 後見	155
4-1-3. 助言者の選任	155
4-2. 代理	156
4-2-1. 保佐	156
4-2-2. 後見	156
4-3. 補佐	156
4-3-1. 後見	156
4-3-2. 助言者	156
第2節 オンタリオ法	157
1. はじめに	157
2. 1992年代行決定法	157
2-1. 条文の構成	157
2-2. 特徴	161
3. 1996年身上監護同意法	161
3-1. 条文の構成	161
3-2. 特徴	166
第6章 オーストリア	169
1. 国連の障害者権利条約への対応	169
1-1. 同条約の批准の有無、その批准に当たっての「留保条項」はあるか	171
1-2. 同条約第12条の legal capacity について、独特の（条約の）条文解釈 がなされているか。特に、権利能力・行為能力の平等の保障について	171
1-3. 同条約における障害者への「支援」はどのように理解されているか。特に、 判断能力が極めて不十分な人について。また、同条約を前提とした「支援」 に関連する新しい特別法はあるか	171
1-4. 民法上の後見人等の法定代理制度は、同条約における本人意思の尊重との 関連で、どのように位置づけられているか	171

1-5. いわゆる「障害者の欠格条項」に対して再検討がなされているか。なされている場合には、その理念は何か。選挙権、国家公務員・地方公務員になる資格等。弁護士や医師についてはどうか	171
2. 最近、成年後見に関連する法律の改正はあったか	175
2-1. 特に、民法についてはどうか	175
2-2. 社会保障法の隣接領域での法改正はあったか	175
2-3. 同条約批准後において、上記以外で、成年後見関連法律の制定又は改正はあったか。例えば、選挙法の改正など。(1-3. 以外で)	175
2-4. 高齢者の取引参加について成年後見制度以外でも配慮がなされているか。特に、消費者保護法との関連ではどうか	175
3. 法定成年後見(人)制度の機能について	175
3-1. 法人後見、複数後見は認められているか。それらは、よく機能しているか。認められていない場合は、その理由	175
3-2. 資産の少ない人の成年後見制度の利用について配慮されているか。利用料の補助がある場合(例えば、生活補助費として)には、その基準はどのようなものか	175
3-3. 裁判所が関与する正式な成年後見ではなく、親族などによる事実上の成年後見は行われているか。その場合に、「介護」の領域を超えて財産の処分等を行う場合に、関係者は、「違法」であると意識しているか	176
3-4. 成年後見人の報酬について、特別な公的配慮がなされているか。そのため の特別法はあるか。ある場合には、報酬の基準についても	176
4. 成年後見人の権限について	176
4-1. 身上監護の範囲はどのように定められているか。具体的に	176
4-1-1. 一般民法典での規定	176
4-1-2. 社団内部での作成指針	179
4-2. 成年後見人に医療代諾権は認められているか。親族についてはどうか	179
4-3. 医療代諾に関するリビングウイール制度はあるか。それは、うまく機能しているか。リビングウイールを活用する場合に、ドイツのように裁判所や医師は 関与することになっているか	180
4-4. 成年後見人の医療代諾権の行使にあつて裁判所の関与(許可等)は必要か。 その際、どのような基準が設けられているか。(4-3.) 以外の場合	180
4-5. 成年被後見人のプライバシーは、どのように保護されているか。郵便物の 管理・開封(信書の秘密)など	180
4-6. 成年被後見人の死亡直後の成年後見人の事務処理権限。成年後見人は葬式 に関する費用を出す権限を有するか	180

5. 成年後見に関する制度の在り方	180
5-1. 成年後見における親族の位置づけ。一定の範囲の親族には後見人を引き受け義務等があるか	180
5-2. 弁護士、公証人等には、後見人の引き受け義務はあるか。例えば、オーストリア法のような基準はあるか	180
5-3. 公的成年後見の位置づけはどうか。福祉関連行政の一般的位置づけ、行政による後見はあるか。例えば、ドイツの官庁後見のような制度はあるか	180
5-4. (公的ないし公益的な) 成年後見センターが、県もしくは市町村等の地域に設置されているか	180
5-5. 他害の危険性を含む精神障害者の後見について、特別な配慮がなされているか。措置入院や医療保護入院の場合における成年後見人の役割(同意、任務等)はどうか	181
6. 後見制度の利用に際しての裁判所の関与の仕方について	181
6-1. 広義の成年後見(法定後見、任意後見)に関する福祉行政との任務分担はどうか	181
6-2. どのような裁判所が手続きを担当しているか。家族裁判所、簡易裁判所等。 1 裁判所が管轄する地域の人口はどの程度か	181
6-3. 裁判所の手続利用の前に何らかの前置手続きがあるか	181
6-4. 上記の成年後見センターが設置されている場合(上記5-4.)において、裁判所との連携はどうか	183
7. 任意後見制度の採用の有無	183
7-1. 民法上の「後見のための委任契約」も可能か。可能である場合には、法定後見との関連はどうか	183
7-2. 任意後見に関する特別法(規定)が定められているか。民法典中に定められている場合も含む	183
7-3. 同契約において、葬式などについての取り決め(死後の事務について)がなされているか	184
7-4. 日本の福祉サービス利用援助事業(社会福祉法に基づく事業、所管は厚生労働省)のような法定代理権を伴わないサービス(契約に基づくサービス)があるか	184
8. その他、成年後見に関して、当該国に独特な制度はあるか	184

第7章 オーストラリア連邦 –ヴィクトリア州– …… 185

1. 国連の障害者権利条約への対応 ……	185
1-1. 同条約の批准の有無、批准に当たっての「留保条項」はあるか。その内容は ……	185
1-2. 同条約第12条の legal capacity について、独特の（条約の）条文解釈がなされているか。特に、権利能力・行為能力の平等の保障について ……	186
1-3. 同条約における障害者への「支援」はどのように理解されているか。同条約を前提とした特別法はあるか。特に、判断能力が極めて不十分な人について ……	187
1-4. 法定代理制度は、同条約における本人意思の尊重との関連で、どのように位置づけられているか ……	187
1-5. いわゆる「障害者の欠格条項」に対して再検討がなされているか。なされている場合には、その理念は何か ……	188
2. 最近、成年後見に関連する法律の改正はあったか ……	188
2-1. 特に、民法についてはどうか ……	188
2-2. 社会保障法の隣接領域での法改正はあったか ……	188
2-3. 同条約批准後において、上記以外で、成年後見関連法律の制定又は改正はあったか ……	189
2-4. 高齢者の取引参加について成年後見制度以外でも配慮がなされているか。特に、消費者保護法との関連ではどうか ……	189
3. 法定成年後見（人）制度の機能について ……	189
3-1. 法人後見、複数後見は認められているか。それらは、よく機能しているか。認められていない場合は、その理由 ……	189
3-2. 資産の少ない人の成年後見制度の利用について配慮されているか。利用料の補助がある場合には、その基準はどのようなものか ……	190
3-3. 正式な成年後見ではなく、親族などによる事実上の成年後見は行われているか。その場合に、関係者の意識として、「違法」と感じているか ……	190
3-4. 成年後見人の報酬について、特別な公的配慮がなされているか。そのため特別法はあるか。ある場合には、報酬の基準についても ……	190
4. 成年後見人の権限について ……	190
4-1. 身上監護の範囲、具体的に ……	190
4-2. 成年後見人に医療代諾権は認められているか。親族についてはどうか ……	191
4-3. 医療代諾に関するリビングウイル制度はあるか。それは、うまく機能しているか。裁判所や医師は関与することになっているか ……	191

4-4. 成年後見人の医療代諾権行使にあつて裁判所の関与（許可等）は必要か。 その際、どのような基準が設けられているか	192
4-5. 成年被後見人のプライバシー保護との関連。郵便物の管理など	192
4-6. 成年被後見人の死亡直後の成年後見人の事務処理権限。葬式についてはどうか	192
5. 成年後見に関する制度の在り方	192
5-1. 成年後見における親族の位置づけ。後見人引き受け義務等があるか	192
5-2. 弁護士、公証人等の後見人引き受け義務はあるか。オーストリア法のような基準はあるか	192
5-3. 公的成年後見の位置づけ。関連行政の一般的位置づけ、行政による後見はあるか。ドイツの官庁後見のような制度はあるか	193
5-4. (公的ないし公共的な) 成年後見センターが設置されているか	193
5-5. 他害の危険性を含む精神障害者の後見について、特別な配慮がなされているか。措置入院や医療保護入院の場合における成年後見人の役割（同意、任務等）	193
6. 後見制度の利用に際しての裁判所の関与の仕方について	193
6-1. 広義の成年後見に関する福祉行政との任務分担について	193
6-2. どのような裁判所が手続きを担当しているか。家族裁判所、簡易裁判所等。 1 裁判所が管轄する地域の人口は	194
6-3. 裁判所の手続利用の前に何らかの前置手続きがあるか。オーストリアのクリアリングのような	194
6-4. 上記の成年後見センターが設置されている場合において、裁判所との連携はどうなっているか	194
7. 任意後見制度の採用の有無	194
7-1. 民法上の「後見のための委任契約」との関連	194
7-2. 任意後見に関する特別法が制定されているか	195
7-3. 同契約において、葬式などについての取り決めがなされているか	195
7-4. 日本の福祉サービス利用援助事業のような法定代理権を伴わないサービスがあるか	195
8. その他、成年後見に関して、当該国に独特な制度はあるか	195

第 8 章 中国	197
1. 国連の障害者権利条約への対応	197
1-1. 同条約の批准の有無、批准に当たっての「留保条項」はあるか。その内容は	197
1-2. 同条約第 12 条の legal capacity について、独特の（条約の）条文解釈がなされているか。特に、権利能力・行為能力の平等の保障について	197
1-3. 同条約における障害者への「支援」はどのように理解されているか。同条約を前提とした特別法はあるか。特に、判断能力が極めて不十分な人について	200
1-4. 法定代理制度は、同条約における本人意思の尊重との関連で、どのように位置づけられているか	201
1-5. いわゆる「障害者の欠格条項」に対して再検討がなされているか。なされている場合には、その理念は何か	202
2. 最近、成年後見に関連する法律の改正はあったか	202
2-1. 特に、民法についてはどうか	202
2-2. 社会保障法の隣接領域での法改正はあったか	203
2-3. 同条約批准後において、上記以外で、成年後見関連法律の制定又は改正はあったか	204
2-4. 高齢者の取引参加について成年後見制度以外でも配慮がなされているか。特に、消費者保護法との関連ではどうか	204
3. 法定成年後見（人）制度の機能について	204
3-1. 法人後見、複数後見は認められているか。それらは、よく機能しているか。認められていない場合は、その理由	204
3-2. 資産の少ない人の成年後見制度の利用について配慮されているか。利用料の補助がある場合には、その基準はどのようなものか	205
3-3. 正式な成年後見ではなく、親族などによる事実上の成年後見は行われているか。その場合に、関係者の意識として、「違法」と感じているか	205
3-4. 成年後見人の報酬について、特別な公的配慮がなされているか。そのため特別法はあるか。ある場合には、報酬の基準についても	207
4. 成年後見人の権限について	207
4-1. 身上監護の範囲、具体的に	207
4-2. 成年後見人に医療代諾権は認められているか。親族についてはどうか	209
4-3. 医療代諾に関するリビングウイル制度はあるか。それは、うまく機能しているか。裁判所や医師は関与することになっているか	210

4-4. 成年後見人の医療代諾権行使にあつて裁判所の関与（許可等）は必要か。 その際、どのような基準が設けられているか	211
4-5. 成年被後見人のプライバシー保護との関連。郵便物の管理など	211
4-6. 成年被後見人の死亡直後の成年後見人の事務処理権限。葬式についてはどうか	211
5. 成年後見に関する制度の在り方	211
5-1. 成年後見における親族の位置づけ。後見人引き受け義務等があるか	211
5-2. 弁護士、公証人等の後見人引き受け義務はあるか。オーストリア法のような基準はあるか	213
5-3. 公的成年後見の位置づけ。関連行政の一般的位置づけ、行政による監護はあるか。ドイツの官庁後見のような制度はあるか	213
5-4. (公的ないし公共的) 成年後見センターが設置されているか	214
5-5. 他害の危険性を含む精神障害者の監護について、特別な配慮がなされているか。措置入院や医療保護入院の場合における成年後見人の役割（同意、任務等）	214
6. 後見制度の利用に際しての裁判所の関与の仕方について	215
6-1. 広義の成年後見に関する福祉行政との任務分担について	215
6-2. どのような裁判所が手続きを担当しているか。家族裁判所、簡易裁判所等。 1 裁判所が管轄する地域の人口は	215
6-3. 裁判所の手続利用の前に何らかの前置手続きがあるか。オーストリアのクリアリングのような	216
6-4. 上記の成年後見センターが設置されている場合において、裁判所との連携はどうなっているか	216
7. 任意後見制度の採用の有無	216
7-1. 民法上の「後見のための委任契約」との関連	216
7-2. 任意後見に関する特別法が制定されているか	217
7-3. 同契約において、葬式などについての取り決めがなされているか	217
7-4. 日本の福祉サービス利用援助事業のような法定代理権を伴わないサービスがあるか	217
8. その他、成年後見に関して、当該国に独特な制度はあるか	217
8-1. 成年監護における住民委員会および村民委員会の役割	217
8-2. 高齢者・障害者施策の拠点とされる社区	219

第9章 韓国 221

1. 国連の障害者権利条約への対応	221
1-1. 同条約の批准の有無、その批准に当たっての「留保条項」はあるか。その内容は	221
1-2. 同条約第12条の legal capacity について、独特の（条約の）条文解釈がなされているか。特に、権利能力・行為能力の平等の保障について	221
1-3. 同条約における障害者への「支援」はどのように理解されているか。同条約を前提とした特別法はあるか。特に、判断能力が極めて不十分な人について。また、同条約を前提とした「支援」に関連する新しい特別法はあるか	221
1-4. 法定代理制度は、同条約における本人意思の尊重との関連で、どのように位置づけられているか	224
1-5. いわゆる「障害者の欠格条項」に対して再検討がなされているか。なされている場合には、その理念は何か。選挙権、国家公務員・地方公務員になる資格等。弁護士や医師についてはどうか	225
2. 最近、成年後見に関連する法律の改正はあったか	226
2-1. 特に、民法についてはどうか	226
2-2. 社会保障法の隣接領域での法改正はあったか	226
2-3. 同条約批准後において、上記以外で、成年後見関連法律の制定又は改正はあったか。例えば、選挙法の改正など。（1-3. 以外で）	227
2-4. 高齢者の取引参加について成年後見制度以外でも配慮がなされているか。特に、消費者保護法との関連ではどうか	228
3. 法定成年後見（人）制度の機能について	228
3-1. 法人後見、複数後見は認められているか。それらは、よく機能しているか。認められていない場合は、その理由	228
3-2. 資産の少ない人の成年後見制度の利用について配慮されているか。利用料の補助がある場合（例えば、生活補助費として）には、その基準はどのようなものか	228
3-3. 裁判所が関与する正式な成年後見ではなく、親族などによる事実上の成年後見は行われているか。その場合に、「介護」の領域を超えて財産の処分等を行う場合に、関係者は、「違法」であると意識しているか	228
3-4. 成年後見人の報酬について、特別な公的配慮がなされているか。そのため特別法はあるか。ある場合には、報酬の基準についても。（3-2.）以外について	229
4. 成年後見人の権限について	229

4-1.	身上監護の範囲はどのように定められているか。具体的に	229
4-2.	成年後見人に医療代諾権は認められているか。親族についてはどうか	231
4-3.	医療代諾に関するリビングウイル制度はあるか。それは、うまく機能しているか。リビングウイルを活用する場合に、ドイツのように裁判所や医師は関与することになっているか	231
4-4.	成年後見人の医療代諾権の行使にあつて裁判所の関与(許可等)は必要か。その際、どのような基準が設けられているか。(3)以外の場合	233
4-5.	成年被後見人のプライバシーは、どのように保護されているか。郵便物の管理・開封(信書の秘密)など	233
4-6.	成年被後見人の死亡直後の成年後見人の事務処理権限。成年後見人は葬式に関する費用を出す権限を有するか	233
5.	成年後見に関する制度の在り方	233
5-1.	成年後見における親族の位置づけ。一定の範囲の親族には後見人を引き受け義務等があるか	233
5-2.	弁護士、公証人等には、後見人の引き受け義務はあるか。例えば、オーストリア法のような基準はあるか	233
5-3.	公的成年後見の位置づけはどうか。福祉関連行政の一般的位置づけ、行政による後見はあるか。例えば、ドイツの官庁後見のような制度はあるか	234
5-4.	(公的ないし公益的な)成年後見センターが、県もしくは市町村等の地域に設置されているか	234
5-5.	他害の危険性を含む精神障害者の後見について、特別な配慮がなされているか。措置入院や医療保護入院の場合における成年後見人の役割(同意、任務等)はどうか	234
6.	後見制度の利用に際しての裁判所の関与の仕方について	235
6-1.	広義の成年後見(法定後見、任意後見)に関する福祉行政との任務分担はどうか	235
6-2.	どのような裁判所が手続きを担当しているか。家族裁判所、簡易裁判所等。 1 裁判所が管轄する地域の人口はどの程度か	235
6-3.	裁判所の手続利用の前に何らかの前置手続きがあるか。オーストリアのクリアリング(行政による必要性のチェック)のような制度はあるか	235
6-4.	上記の成年後見センターが設置されている場合(上記5-4.)において、裁判所との連携はどうか	235
7.	任意後見制度の採用の有無	236

7-1. 民法上の「後見のための委任契約」も可能か。可能である場合には、法定後見との関連はどうなっているか	236
7-2. 任意後見に関する特別法（規定）が定められているか。民法典中に定められている場合も含む	237
7-3. 同契約において、葬式などについての取り決め（死後の事務について）がなされているか	237
7-4. 日本の福祉サービス利用援助事業（社会福祉法に基づく事業、所管は厚生労働省）のような法定代理権を伴わないサービス（契約に基づくサービス）があるか	238
8. その他、成年後見に関して、当該国に独特な制度はあるか	238

「各国の成年後見法制に関する調査研究」に係る重点項目

早稲田大学 名誉教授

一般社団法人比較後見法制研究所 理事長

田山輝明

各国の調査項目につき、可能な限り共通内容にするため、以下の項目とする。

1. 国連の障害者権利条約への対応

1-1. 同条約の批准の有無、その批准に当たっての「留保条項」はあるか。その内容は

1-2. 同条約第12条の **legal capacity** について、独特の（条約の）条文解釈がなされているか。特に、権利能力・行為能力の平等の保障について

1-3. 同条約における障害者への「支援」はどのように理解されているか。特に、判断能力が極めて不十分な人について。また、同条約を前提とした「支援」に関連する新しい特別法はあるか

1-4. 民法上の後見人等の法定代理制度は、同条約における本人意思の尊重との関連で、どのように位置づけられているか

1-5. いわゆる「障害者の欠格条項」に対して再検討がなされているか。なされている場合には、その理念は何か。選挙権、国家公務員・地方公務員になる資格等。弁護士や医師についてはどうか

2. 最近、成年後見に関連する法律の改正はあったか

2-1. 特に、民法についてはどうか

2-2. 社会保障法の隣接領域での法改正はあったか

2-3. 同条約批准後において、上記以外で、成年後見関連法律の制定又は改正はあったか。例えば、選挙法の改正など。（1-3. 以外で）

2－4．高齢者の取引参加について成年後見制度以外でも配慮がなされているか。特に、消費者保護法との関連ではどうか

3．法定成年後見（人）制度の機能について

3－1．法人後見、複数後見は認められているか。それらは、よく機能しているか。認められていない場合は、その理由

3－2．資産の少ない人の成年後見制度の利用について配慮されているか。利用料の補助がある場合（例えば、生活補助費として）には、その基準はどのようなものか

3－3．裁判所が関与する正式な成年後見ではなく、親族などによる事実上の成年後見は行われているか。その場合に、「介護」の領域を超えて財産の処分等を行う場合に、関係者は、「違法」であると意識しているか

3－4．成年後見人の報酬について、特別な公的配慮がなされているか。そのための特別法はあるか。ある場合には、報酬の基準についても。（3－2.）以外について

4．成年後見人の権限について

4－1．身上監護の範囲はどのように定められているか。具体的に

4－2．成年後見人に医療代諾権は認められているか。親族についてはどうか

4－3．医療代諾に関するリビングウイル制度はあるか。それは、うまく機能しているか。リビングウイルを活用する場合に、ドイツのように裁判所や医師は関与することになっているか

4－4．成年後見人の医療代諾権の行使にあつて裁判所の関与（許可等）は必要か。その際、どのような基準が設けられているか。（4－3.）以外の場合

4－5．成年被後見人のプライバシーは、どのように保護されているか。郵便物の管理・開封（信書の秘密）など

4－6．成年被後見人の死亡直後の成年後見人の事務処理権限。成年後見人は葬式に関する費用を出す権限を有するか

5. 成年後見に関する制度の在り方

- 5-1. 成年後見における親族の位置づけ。一定の範囲の親族には後見人を引き受け義務等があるか
- 5-2. 弁護士、公証人等には、後見人の引き受け義務はあるか。例えば、オーストリア法のような基準はあるか
- 5-3. 公的成年後見の位置づけはどうか。福祉関連行政の一般的位置づけ、行政による後見はあるか。例えば、ドイツの官庁後見のような制度はあるか
- 5-4. (公的ないし公益的な) 成年後見センターが、県もしくは市町村等の地域に設置されているか
- 5-5. 他害の危険性を含む精神障害者の後見について、特別な配慮がなされているか。措置入院や医療保護入院の場合における成年後見人の役割(同意、任務等)はどうか

6. 後見制度の利用に際しての裁判所の関与の仕方について

- 6-1. 広義の成年後見(法定後見、任意後見)に関する福祉行政との任務分担はどうか
- 6-2. どのような裁判所が手続きを担当しているか。家族裁判所、簡易裁判所等。
1 裁判所が管轄する地域の人口はどの程度か
- 6-3. 裁判所の手続利用の前に何らかの前置手続きがあるか。オーストリアのクリアリング(行政による必要性のチェック)のような制度はあるか
- 6-4. 上記の成年後見センターが設置されている場合(上記5-4.)において、裁判所との連携はどうか

7. 任意後見制度の採用の有無

- 7-1. 民法上の「後見のための委任契約」も可能か。可能である場合には、法定後見との関連はどうか
- 7-2. 任意後見に関する特別法(規定)が定められているか。民法典中に定められている場合も含む
- 7-3. 同契約において、葬式などについての取り決め(死後の事務について)がなされているか
- 7-4. 日本の福祉サービス利用援助事業(社会福祉法に基づく事業、所管は厚生労働省)のような法定代理権を伴わないサービス(契約に基づくサービス)があるか

8. その他、成年後見に関して、当該国に独特な制度はあるか

第1章 フランス

早稲田大学法学部 准教授

山城一真

1. はじめに

フランス民法典における成年後見関連規定は、歴史的にみれば、①1804年に制定された原始規定、②1968年改正による規定（以下、「旧法」という）、そして、③2007年3月5日の法律第308号による改正によって成立した現行規定に区分することができる¹。本報告書においては、現行法の意義を考察するのに必要な限度で旧法の状況に言及しつつ、現在の成年後見法制の内容を概観する。

なお、現在のフランス成年後見法は、民法典の規定だけをとってみても膨大であるうえ、社会福祉家族法典、公衆衛生法典を中心とする関連法典との連携を予定して構成されているため、その全体を見渡すことは、本報告書において予定された紙幅によっては不可能であると考えられた。そこで、以下では、本調査開始時に調査項目として指示された事項に焦点を当てて、法制度の現状を概観することとした²。叙述の進行にあたっては、網羅性・体系性を欠く憾みはあるものの、指示された調査項目の順序にできる限り従い、そのなかで、関連する制度の概要を述べることに努めた³。

2. フランス成年後見法の概要

はじめに、後の叙述に必要な限度で、フランス民法典が用意する保護措置の内容を概観する（2-1.）。フランス法は、いわゆる類型主義を採用する立法例に属するため、以下では、各類型についてその特徴を述べることとする。次いで、司法統計に依拠して、近年における成年後見制度の利用状況を概観する（2-2.）。

¹ 2007年改正の概略については、窪幸治「フランスにおける成年者保護制度の改正」総合政策（岩手県立大学）9巻2号（2008年）169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（立法紹介）」日仏25号（2009年）229頁、今尾真「フランス成年者保護法改正の意義と理念」新井誠ほか編『成年後見法制の展望』（日本評論社、2011年）165頁、山城一真「フランス成年後見法の現状概観」実践成年後見42号（2012年）126頁を参照。

² 本報告書においては、叙述の便宜のために、次の用語法・略号を採用する。
用語法 ①法定後見によって与えられる保護を、保護措置（*mesure de protection*）という。②保護措置が適用される成年者を「本人」という。ただし、法典の用語を翻訳するときには、これに代えて被保護者（*personne protégée*）の語を用いる。③保護措置を実施する任務を裁判所によって与えられた者（後見人・保佐人）を「後見人等」という。

略号 フランスの法典は、次の略号を用いて指示する。①CASF：社会福祉家族法典、②COJ：司法組織法典、③CSP：公衆生成法典、④民訴：民事訴訟法典。なお、条文番号の掲記は、特に記載がない限りフランス民法典のものである。

³ そのため、財産管理制度の内容については、十分に叙述することができなかった。財産管理の概要については、山城一真「フランス法における成年被後見人の職務—障害者権利条約に関する議論をも踏まえて」成年後見法研究13号（2016年）5頁をも参照。

2-1. 各類型の特徴

2-1-1. 保佐 (curatelle)・後見 (tutelle)

① 特徴

精神的・身体的能力の減退(425条)によって継続的な保護を必要とするに至った者については、保佐(440条1項、467条以下)または後見(440条3項、473条以下)が適用される。両者は、一定の程度において本人の行為能力を制限することを予定した制度である点において、後述する司法救助とは区別される⁴。

なお、継続的な保護を必要とするとはいっても、保佐・後見の期間は、原則として10年を超えてはならず(441条)、期間終了ごとに必要に応じて更新されなければならない⁵(442条)。更新されなかったときは、保護措置は終了する(443条)。

② 保佐と後見の相違

保佐と後見との間には、次のような相違がある。

第一に、後見における行為能力制限が包括的であるのに対して、保佐における行為能力制限は部分的である。すなわち、被保佐人が単独であることができないのは処分行為のみであり、管理行為は単独であることができる(467条1項、505条ないし508条)。これに対して、成年被後見人が単独であることができる行為は、日常生活に関する行為だけであり、管理行為は後見人が単独で行い、処分行為は、後見裁判官の許可を得て後見人が行う。

第二に、後見の場合には後見人による法定代理が伴うのに対し、保佐の場合には、法定代理を伴わず、保佐人による補佐⁶(assistance)が与えられるにとどまるのが原則である。

③ 調整の可能性

もっとも、以上はあくまで原則であり、それぞれの保護措置の内容を調整することができる。詳言すれば、こうである。

保佐については、被保佐人が単独であることができる行為を拡張したり(緩和型の保佐 *curatelle allégée*)、逆に、保佐人による補佐を要する行為を拡張したり(拡張型の保佐 *curatelle élargie*)することが認められる(471条)。また、保佐人は代理権を有しないのが原則であるが、収入の受領や支出の決済に限っては、保佐人に代理権を付与することが認められている(472条。強化型の保佐 *curatelle renforcée*)。

⁴ 以上のとおり、フランス法は、表面的には日本法と同じく三類型を採用している。しかし、後見・保佐と司法救助とは根本的に性格が異なること、後見・保佐の内容を個別的に調製することができること(したがって、日本法における補助類型はフランス法における保佐類型に解消されていること)からすれば、日本法における三類型との間に対応関係を見出すことは適切ではない。

⁵ 後述のとおり、2015年改正以前には、保護措置の上限期間は5年とされていた。また、同改正によって、保護措置を更新するときには、その存続期間を最長で20年とすることができるものとされた。

⁶ ここで想定されているのは、被保佐人が締結しようとする法律行為に対して保佐人が同意すること、具体的には、証書に保佐人が連署するという手続である。

後見については、成年被後見人が単独で有効にすることができる行為、あるいは、後見人による「代理」ではなく「補佐」を得たうえで自らすることができる行為の範囲を拡張することが認められている（473条2項。緩和型の後見 *tutelle allégée*）。

さらに、後見裁判官は、後見・保佐のいずれの場合においても、身上監護と財産管理のそれぞれについて要否・内容を定めることができる（425条2項）。たとえば、後見開始の審判において、財産管理に関しては後見人に代理権を付与するけれども、身上監護については特別な保護を適用しないものとすることも可能である。

④本人死亡後の事務処理

なお、保護類型に関わる問題ではないけれども、後見人等による財産管理に関わる規律として、本人が死亡した後の事務処理に関する問題にここで触れておくこととする。

後見人等が本人の死亡後にもなお後見事務を遂行する必要に迫られることは、フランスにおいてもしばしばみられた。そのため、2007年改正は、後見終了後にも、後見人は事務管理として後見事務を継続することができる旨を明示的に定めた⁷（418条）。もっとも、管理者が費用償還請求権を取得するためには、事務が本人（この場合には、被後見人の相続人）にとって有益なものであったことを要する（1301-2条1項・2項）。そのため、後見人等は、かりに事務処理を継続するとしても、事務管理が成立しないリスクを引き受けなければならない⁸。

以上のほか、近年では、葬儀保険（*assurance d'obsèques*）契約を締結することにより、葬儀の費用・態様等について本人が生前に意向を示しておく傾向が高まっていることが注目される⁹。

2-1-2. 司法救助（*sauvegarde de justice*）

司法救助は、暫定的かつ部分的な保護措置として、1968年法によって導入された制度である（433条）。保佐・後見と比較したときの司法救助の特徴は、①（原則として）能力制限を伴わないこと、②（原則として）代理や補佐を伴わないことにある。

司法救助の開始要件は、能力の減退を要件とする点においては保佐・後見と同様である。しかし、司法救助はあくまで暫定的な措置であり、保佐・後見の開始前の保全手段として、あるいは、能力回復後に保護のない状態に戻るまでのつなぎとして機能する。この暫定性は、①検察官に対する医師の申請によって開始することができること（434条）、②期間が1年であり、延長が1回までしか認められないこと（439条1項）

⁷ この問題につき、宮本誠子「フランス法における成年後見制度と死後事務」松川正毅編『成年後見における死後の事務』（日本加除出版、2011年）238頁を参照。

⁸ 2007年改正が「事務管理」を法的根拠として明示したことについては、後見人の好意にブレーキをかけることになり得るとの評価も示されている（H. PÉROZ, *La fin des mesures de protection juridique*, JCP. N. 2008, art. 1276, n° 6, pp. 60 et 61）。

⁹ 葬儀保険をめぐる議論については、山城一真「本人死亡と成年後見人の権限——フランス法」田山輝明編『成年後見法制の課題と展望』（日本加除出版、2014年）117頁を参照。

にも現れている。

司法救助においては、本人は原則として自ら単独で行為することができ、補佐や代理は当然には行われぬ(435条1項)。本人の財産管理については、基本的には委任・事務管理が利用され(436条)、処分行為が特に必要な場合には特別代理人が選任される(437条)。他方で、本人がした法律行為は、その意思無能力いかんにかかわらず、レジオンを理由に取り消し、または過分な部分を減殺することができる(435条2項)。このように、その主たる効果が代理・補佐によらない事後的規制である点に、保佐・後見との相違がある。

2-1-3. 将来保護委任 (mandat de protection future)

将来保護委任は、将来において判断能力が低下した場合の対応を委任契約によってあらかじめ定めておく仕組みであり(478条)、わが国における任意後見に対応する。詳細については、後述する(10.)。

2-2. 概況

フランス司法省が公表する司法統計によれば¹⁰、2015年における後見事件の推移は、以下のとおりである。

■後見裁判官に対する申立ての件数 (単位：件)

	2011	2012	2013	2014	2015
総計	204,485	213,916	259,040	180,354	190,386
開始	80,246	84,362	89,729	93,969	96,621
財産の譲渡	16,548	19,075	20,823	21,173	20,209
更新	91,815	93,720	130,085	51,043	58,687
変更	10,173	11,430	12,401	9,472	10,218
取消し	5,703	5,329	6,002	4,697	4,651

¹⁰ http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Stat_RSJ_2.2_Civil_La_protection_juridique_des_majeurs_2015.ods

■保護措置開始の審判の内訳（2015年）（単位：件）

	総計	家族	後見人団体	個人	施設職員	受任者無
総計	76,878	35,772	27,086	12,272	1,712	36
単純保佐	2,468	1,022	938	490	18	0
拡張・緩和型の保佐	609	191	262	139	17	0
強化型の保佐	30,247	7,372	15,827	6,396	652	0
後見	41,709	25,664	9,888	5,150	1,007	0
緩和型の後見	307	174	69	55	9	0
司法救助	1,538	1,349	102	42	9	36

■保護措置の更新・変更（2015年）（単位：件）

	総計	～5年	5～10年	10～15年	15～20年	20年～
総計	65,359	2,118	34,389	13,951	3,922	7,029
転換（小計）	7,884	113	3,404	2,959	555	853
保佐から後見	6,892	62	2,640	2,834	536	820
後見から保佐	992	51	764	125	19	33
更新（小計）	53,525	2,005	30,985	10,992	3,367	6,176
保佐の更新	31,810	1,915	22,450	4,841	1,127	1,477
後見の更新	21,715	90	8,535	6,151	2,240	4,699
取消し（小計）	3,950	／	／	／	／	／
保佐の取消し	3,742	／	／	／	／	／
後見の取消し	208	／	／	／	／	／

■将来保護委任（単位：件）

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
総計	140	284	394	536	680	747	909
公署証書	114	226	333	465	595	655	822
私署証書	26	58	61	71	85	92	87

■保護措置が適用されている者の性別・年齢構成（単位：パーセント）

保佐	男性	女性	後見	男性	女性
30歳未満	10.1	7.9	29歳未満	11.9	6.0
30-34歳	7.0	4.8	30-34歳	5.3	2.8
35-39歳	7.5	5.0	35-39歳	5.1	2.7
40-44歳	9.3	6.8	40-44歳	6.8	3.7
45-49歳	10.6	8.2	45-49歳	8.0	4.5
50-54歳	11.6	9.3	50-54歳	8.8	5.1
55-59歳	11.2	9.3	55-59歳	8.9	5.2
60-64歳	9.8	8.8	60-64歳	8.7	5.2
65-69歳	7.8	7.9	65-69歳	7.6	5.3
70-74歳	4.3	5.4	70-74歳	4.9	4.2
75-79歳	3.6	5.8	75-79歳	5.5	6.6
80-84歳	3.0	6.7	80-84歳	6.4	11.4
85-89歳	2.4	7.1	85-89歳	6.3	16.4
90歳以上	1.9	7.0	90歳以上	5.8	21.0

2-2-1. 利用件数の推移

後述のとおり、2007年改正の主な狙いは成年後見制度の利用件数を減少させる点にあったのであるが、上掲の統計結果によれば、法定後見の新規開始に関する審判の申立て件数は、改正法施行後も一貫して増加傾向にあることがわかる。

また、法定後見継続中の更新にかかる審判の件数についてみれば、2013年に130,085件に上っていることが注目される。同年に更新の申立て件数が急増した理由は、2007年改正によって法定後見に5年の上限期間が設けられたことに伴い、改正前に開始された法定後見については、新法施行日から5年後の2014年1月1日までにその更新をしなければならない——これを怠れば、法定後見は自動的に失効する——という事情があったため、旧法のもとで開始された法定後見に関する更新の申立てが集中したことにあるとみられる。

2-2-2. 保護内容の特徴

保護類型ごとの利用実績については、次のことを指摘することができるであろう。

司法救助については、全体の2%程度の利用がみられるにとどまる。

保佐および後見については、依然として、後見の申立ての件数が保佐の申立ての件数を上回っている（2015年におけるそれぞれの割合は、保佐が43.4%、後見が54.7%である）。また、保佐においても、代理権付与を伴う類型の利用が多数を占めているこ

とがわかる。以上のことは、全体の 94% の事例（強化型の保佐、後見、緩和型の後見）においては、何らかのかたちで法定代理が利用されていることを意味する。

後見人等の 46.5% は、家族から選任されている。なお、この割合については、2007 年改正の前後で有意な変化はみられない。また、後見に比べて、保佐のほうが、専門職後見人が受任する割合が顕著に大きいことが注目される。

以上に対して、将来保護委任（後述 10.）に関しては、いまもって十分に利用件数が伸長していないことが窺われる。そのため、将来保護委任の導入は失敗に終わったとする意見も少なくないようである。ただし、統計に表れているのは、将来保護委任の締結件数ではなく、既に発効に至った件数であることには注意を要する¹¹。また、全体の 90 パーセント程度が公署証書によって締結されていることも、注目されてよいであろう。

3. 障害者権利条約への対応

3-1. 序

フランス共和国は、2007 年 3 月 30 日に障害者権利条約、2008 年 9 月 23 日に議定書にそれぞれ署名し、2010 年 2 月 18 日に条約・議定書を批准した¹²。なお、若干の条項につき、解釈宣言が付されている¹³。

フランス共和国としては、障害者権利条約の重要性には相応の注意を向けてきたとあってよい。現在の障害法の根幹をなす 2005 年 2 月 11 日の法律（障害者の平等並びに機会、参加及び市民的権利のための法律）は、同条約の批准を見越して、条約の要請との整合性を意識しつつ準備された立法である¹⁴。

¹¹ 公示方法が存しなかったため、契約締結の件数自体を把握することができなかったことによる。この点に注意を促すものとして、ジャック・コンブレ（山城一真訳）「老い」慶應法学 32 号（2015 年）152 頁を参照。

¹² フランスにおける障害者権利条約への対応については、山城一真「フランス法における成年被後見人の選挙権」田山輝明編『成年後見制度と障害者権利条約』（三省堂、2012 年）208 頁、同・前掲論文（注 3）を参照。

¹³ その内容は、以下のとおりである。

《フランス共和国は、条約 15 条にいう「同意」という文言を、人権および生物医学に特に関わる国際条約、ならびに、これらの条約に沿う国内立法に適合するように解釈することを宣言する。このことは、生理学・医学的治験につき、「同意」という文言が異なる二つの意味に帰せられることを意味する。

(1) 同意することのできる者によって与えられた同意

(2) 同意することのできない者については、代理人または法律の指定する機関又は組織によって与えられた許可。

フランス共和国は、自らの同意を自由にかつ原因を理解して与えることができない者が、その利益についてのあらゆる医学的検査を除き、特別の保護を享受することが重要であると思料する。フランス共和国は、上記(2)にみた許可のみならず、上述の国際条約に規定されるその他の保護もまた、その保護の一部をなすものと思料する。

条約 29 条につき、選挙権の行使は、条約 12 条に定める要件および態様に従ってでなければ制限され得ない法的能力の構成要素の一つである。》

¹⁴ なお、本法律を受けて、フランス法には、「障害」に関する定義規定が導入された（CASF L. 114 条）。そこにおいては、いわゆる社会モデルに沿った障害の定義が採用されていることが注目される。障害法における今後の立法は、理念としては、この定義に沿って展開されていくことになるのであろう。

3-2. 成年後見制度の条約 12 条への適合性

もつとも、条約の要請が成年後見法の領域に及ぶとの認識は、少なくとも当初は希薄であったとみられる。現在でも、現行成年後見法を条約に照らしてどのように評価すべきかに関する検討は決して多くはなく、全般的な議論の傾向を把握することは困難である。一般的意見第 1 号（2014 年）への対応については、さしあたり二つのことを指摘し得るにとどまる。

3-2-1. フランス政府による条約解釈

障害者権利条約と成年後見法との関係をめぐると実務家・研究者の分析においては¹⁵、法定代理制度の廃止が提言されることはなく、むしろ法定代理制度の廃止には種々の問題があり、法定代理を維持してこそ条約の趣旨が十分に達せられるとの理解がくり返し示されてきた¹⁶。このような理解は、フランス政府によって示された条約 12 条の解釈に端を発するものであり、その要点は次の二点にある。

一つは、フランス政府が、12 条 2 項にいう「法的能力」を行為能力の意味で理解することである。その理由は、本条 1 項が権利能力に関する原則を宣言し、2 項が行為能力に関する原則を宣言したものとみるのが論理的だという点にある。そして、二つの概念を区別することから、フランス政府は、権利能力の制限が許されないのに対し、行為能力については、なお一定の制限が正当化される余地があると結論づける。客観的かつ合理的な理由に基づく行為能力の制限は、「障害者の状況に応じ、かつ、適合する」措置を講じることを求めた 12 条 4 項の趣意にも合致するというのである。

もう一つは、代行的意思決定の廃止により、自ら行為することができない者の法的保護がかえって欠けることになるとの懸念である。昏睡状態にある者（coma）や重度の老人性認知症患者（*démence sénile*）による意思決定については、支援（*accompagnement*）を語ることは非現実的であるから、これらの者の身上監護・財産管理については、国内法により、濫用を抑止するための実効的な保証を伴う代行的意

¹⁵ V. not. É. PECQUEUR, A CARON-DÉGLISE et Th. VERHEYDE, *Capacité juridique et protection juridique à la lumière de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées. La loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 est-elle compatible avec l'article 12 de cette Convention?*, Recueil Dalloz, 5 mai 2016, p. 958 ; D. NOGUÉRO, *Pour la protection à la française des majeurs protégés malgré la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées*, Revue de droit sanitaire et social (RDSS), sept.-oct. 2016-5, p. 964. 前者の論稿の翻訳として、エミリー・ペクール、アンヌ・カロナー・デグリズ、ティエリー・ヴェレイド（山城一真訳）「障害者権利条約に照らしてみた法的能力および法的保護——フランス成年後見法は、条約 12 条に適合するか？」早比 50 巻 3 号（2017 年）175 頁を参照。

¹⁶ その背景事情としては、フランス政府が、代行的意思決定を全面的に廃止し、支援付意思決定に一元化するという一般的意見の解釈モデルに対して明確な反対論を表明したことを無視し得ないであろう。V. *Commentaire de la France sur le projet d'observations générales du Comité des droits des personnes handicapées, relatif à l'article 12 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées*, in : *Draft General Comment on Article 12 of the Convention*. (www.ohchr.org/Documents/HRBodies/.../France-DGC_Art12.doc) さらに、川島聡「障害者権利条約 12 条の解釈に関する一考察」実践成年後見 51 号（2014 年）71 頁をも参照。

思決定の仕組みを提供することが不可欠だとされる。

3-2-2. 条約適合性への疑問

しかし、近年においては、フランス成年後見法が障害者権利条約の要請に十分に込えているかについて疑義を示す評価も現れている。すなわち、権利擁護機関(défenseur des droits)による報告書「脆弱な成年者の法的保護」(2016年9月29日公表)は、条約12条の重要性を強調する立場から、現在のフランス法が本人の権利を十分に尊重するものとはなっていないと評価し、2007年法の基本構想でもある「高次の利益」というパラダイムは、「意思と選好」というパラダイムによって代えられなければならないと強調する¹⁷。もっとも、本報告書も、法定代理という仕組みに条約適合性がないとみるわけではなく、本人の意思と選好を尊重しつつ、限られた場合に法定代理を用いることはなお可能であるとする。このように、本報告書の基調には、従来の制度を改正せずとも、いわゆる代替的手段の活用を図ることによって条約の要請に込えることができるとの認識があるとみられる¹⁸。

なお、こうした傾向の一端として、フランスにおいても、補充性の原則を徹底するためには、旧来の保佐・後見の二元論に代えて保佐一元論を採用することが立法論としては望ましいと説く者が現れていることが注目される¹⁹。フランス法系の立法に属するベルギー法において、旧来の法定後見類型が廃止され、保護措置を「管理(administration)」に一元化する改正が行われたことが²⁰、このような提案に対して影響を与えていることが窺われる。

4. 成年後見法に関連する近時の法改正

4-1. 序

法の簡素化および現代化に関する2015年10月15日のオールドナンス第2015-1288号により、成年後見法に関する規定についても改正が実現された。もっとも、この改正の狙いは、障害者権利条約への対応を図ることではなく、その名称が示すとおり「法の簡素化」の要請に込えることにあった。そのため、改正規定の内容には、同条約やフランス法が掲げる成年後見法の基本理念に反する疑いのあるものが含まれているように見える。主要な改正点は、二つある。

¹⁷ Défenseur des droits, *Protection juridique des majeurs vulnérables*, 27 septembre 2016 (https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=15164), p. 16.

¹⁸ 具体的な提言としては、①本人の自律を尊重することによって、補充性の原則を実務に浸透させること、②行為能力の制限をもたらさない「裁判による付添措置」(後述)の利用を浸透させること、③司法救助と将来保護委任の利用を促進すること等が注目される。

¹⁹ ペクールほか(山城訳)・前掲論文(注12)187頁を参照。

²⁰ ベルギー成年後見法改正の概要につき、山城一真「後見類型論の行方——ベルギー成年後見法改正(2013年)を例として」実践成年後見68号(2017年)46頁を参照。

4-2. 保護措置の最長期間の延長

第一に、保護措置の最長期間は、従来は5年とされていたのであったが、判断能力回復の見込みがない者については、これを最長で20年とすることができるものとされた(442条2項)。この改正は、すでに適用されている保護措置に対する見直しの頻度を減らすことによって裁判所の負担を軽減するとともに、障害のある子をもつ親(の団体)からの要望に応えたものであるといわれる。しかし、そうして保護措置の継続性を強化することに対しては、障害者権利条約をはじめとする成年後見法の基本的方向性との間に矛盾をはらんでいるとの疑問が投げかけられている²¹。

4-3. 親族代理権制度の創設

第二に、親族代理権(habilitation familiale)制度が創設された。この制度は、補充性の原則を尊重し、成年後見制度の利用に代えて、家族の構成員によって担われる「代替的手段²²」の拡充を目指したものと位置づけられる。もっとも、ここに至って補充性の原則が強調されたのは、本人の利益を考慮したためではなく、裁判所および専門職後見人の負担を軽減するためであったといえる。そのため、親族代理権は、簡易な方法によって法定代理権を付与し、本人の行為能力を制限することを予定する制度として構想されているが、このことが障害者権利条約の要請に添うものであるかは疑問である。以下に、その内容を略述する。

4-3-1. 総説

親族代理権の法的性格には、いくつかの異なる側面がある。

第一に、親族代理権は、いわゆる代替的手段の一環として、婚姻法・夫婦財産法において配偶者に与えられる代理権(217条、219条、1426条、1429条)をモデルとして構想された。このように、親族間の共助の理念に基づいて構想された制度であることが、代理人が報酬請求権を有しない(494-1条2項)ことを正当化する。

第二に、法定代理権を付与される点において、本人と代理人との間には、いわば法定の委任関係が成立する。そのため、親族代理権の取扱いについては、代理・委任に関する適用が準用される(494-1条1項)。

第三に、親族代理権は、保護措置としての性格をも有する。したがって、保護措置に関する総則規定(415条ないし423条)は、親族代理権についても適用されると解される²³。また、一般法上の法制度や契約による財産管理が利用可能であるときは、親族代理権よりもそれらの制度の活用を優先しなければならない(補充性の原則。428条)。

²¹ V. Défenseur des droits, *supra* note 14, p. 38.

²² 保佐・後見以外の諸制度——司法救助、将来保護委任、親族代理権、付添措置——を総称して、代替的措置(mesure alternative)とよぶ例がしばしば見受けられる。

²³ V. N. PETERKA, A. CARON-DÉGLISE et Fr. ARBELLOT, *Protection de la personne vulnérable. Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, 4^e éd., Dalloz, 2017, n° 114.61.

すなわち、代理の一般法、婚姻法・夫婦財産法上の配偶者の代理権、または将来保護委任によって本人の利益を保護することができるときは、親族代理権を授与することはできない（494-2条）。

4-3-2. 要件

本人については、近親者に対して代理権が付与されるためには、検察官作成のリストに登録された医師の詳細な診断書によって、本人が自ら意思表示をすることができない状況にあることが証明されなければならない（494-1条・425条、494-3条2項、民訴1260-3条）。法定後見開始の手續に準じたものである。

代理権を授与される者は、本人の尊属、卑属、兄弟姉妹、または、配偶者、パクスもしくは内縁のパートナー（生活共同関係が終了していない場合に限る）に限られる（494-1条）。これら以外の親族（たとえば甥・姪、姻族）に対しては、代理権を与えることはできない。

代理人の選任は、後見裁判官の権限に属する。選任の基準は、次の点において、法定後見において後見人等を選任する場合（449条以下）とは異なる。すなわち、第一に、選任されるべき者につき、序列は設けられていない。これに対して、第二に、選任されるべき者を決定するにあたっては、本人の利益に加えて、近親の家族構成員が正当な理由に基づく異議を有しないことが要件とされている²⁴（494-4条2項、494-5条）。

親族代理権の申立てをすることができるのは、親族代理権を授与され得る範囲にある親族（494-1条）および検察官である（494-3条、民訴1260-2条）。法定後見の場合に比べて、申立権者の範囲が限定されていることに注意を要する。なお、494-1条は、規定の性質上、「本人」を挙示してはいない。しかし、このことは、本人による申立ての可能性を否定するものではないと指摘される²⁵。

4-3-3. 類型・期間

親族代理権には、①特別親族代理権（*habilitation familiale spéciale*）（494-6条2項・3項²⁶）と、②包括的親族代理権（*habilitation familiale générale*）（同条5項）とがある²⁷。

²⁴ 代理人の選任にあたって本人の意思を尊重すべきことは、明示的に定められてはいない。しかし、415条にかんがみて、この場面においても、本人の意思ができる限り尊重される必要があると解される。

²⁵ PETERKA, CARON-DÉGLISE et ARBELLOT, *supra*, note 20, n° 113.51. ただし、反対の見解として、v. J. COMBRET et N. BAILLON-WIRTZ, *L'habilitation familiale ; une innocation à parfaire*, JCP N 2016. 1248.

²⁶ 494-6条2項および3項は、規定の形式からすれば、1項柱書きに続く二つの選択肢という体裁を採っている。しかし、同条中、包括的代理権に関する定めの中、二つの選択肢がそれぞれ2項、3項として指示されているため、ここでもこれに従って項数を指示する。

²⁷ なお、いずれの場合においても、計算書類の作成・確認等、親族代理権の行使を監督するための特別の仕組みは設けられていない。したがって、代理人の監督は、後見裁判官および検察官の一般的監督権限の行使（416条）のほか、法定の委任関係に基づく報告義務（494-1条1

親族代理権が与えられると、代理人は、後見人に対して与えることができる権限のうち、身上監護または財産管理に関わる法律行為を、単独でまたは許可を得て行使することができるようになる（494-6条1項ないし3項）。

親族代理権のうち、代理事項が特定されているものは、特別親族代理権とよばれる。特別親族代理権は、期間を定めずに言い渡され、代理の対象となった法律行為がされたときに当然に消滅する。

これに対して、上述の類型に属する法律行為の一方または双方の全体について包括的な代理権を与えることが本人の利益に適うときには、後見裁判官は、包括的な代理権を与えることができる（同条5項）。包括的親族代理権は、開始時には10年未満の期間を定めて言い渡され（494-6条7項）、494-1条所定の者の申立てによって更新することができる。更新は、原則として10年を超えない期間を定めて認められるが、本人が能力を回復する見込みがないときは、20年を超えない期間を定めることができる（494-6条7項）。

4-3-4. 効 果

親族代理権は、本人の財産管理（494-6条2項）と身上監護（494-6条3項）とに及び得る。財産管理においては、代理人は、指定された行為について代理権を有することとなる。これに対して、身上監護においては、代理人は、457-1条ないし459-2条に定められる原則（後述）を遵守しなければならない。

本人は、親族代理権が与えられた事項以外の行為については行為能力を保持するものの（494-8条1項）、代理権の対象事項である行為については行為能力を失う。したがって、親族代理権の対象となっている行為を本人が単独でしたときは、その行為は、無効となる（494-9条1項、1147条、1179条2項）。

5. 後見裁判官

5-1. 序

後見裁判官の職務は、小審裁判所裁判官が遂行する²⁸（COJ L. 221-3条）。裁判官

項・1993条）に委ねられることとなる。

²⁸ 禁治産事件は、元来は治安判事（*juge de paix*）が扱っていた。治安判事制度が廃止された後、1964年の未成年後見改正の際に後見裁判官という機関が新設されたのを契機として、68年改正は、小審裁判所の後見裁判官に成年後見事件をも担当させた。もっとも、68年法改正の際には、未成年後見と成年後見とはあくまで別の制度であり、成年後見法のほうが被後見人の権利を制約する程度が大きいから、成年後見に関しては大審裁判所による合議を保障すべきであるとする意見もあった。この意見は、元老院および両院同数合同委員会によって支持されたものの、国民議会による最終議決権の行使によって覆されたという経緯がある（以上の経緯につき、稲本洋之助『フランスの家族法』（東京大学出版会、1985年）136頁をも参照）。ところが、2009年に家事裁判官（*juge aux affaires familiales*）制度が創設されると、未成年後見事件は大審裁判所の裁判官が担当することとなった。これに対して、成年後見事件は、依然として小審裁判所の管轄に属するものとされている。このような区別が設けられた理由は、未成年後見が本人の財産管理を主な課題とするのに対して、成年後見は、財産管理が占める割合が比較的小さいのに反して、医療機関や福祉機関との連携を取りつつ行われなければならない

が一人しかない小審裁判所においては、その裁判官が後見裁判官としての職務を行い、裁判官が複数いる小審裁判所においては、大審裁判所裁判長が、後見裁判官としての任務を行うべき者を命令によって選任する（COJ R. 222-2 条）。司法省が公表する資料によれば²⁹、小審裁判所はフランス全土で 307 か所に設置されている³⁰。

後見裁判官が担当するのは、法定後見、付添措置（後述）に関する事件のほか、未成年者の解放、未成年者の財産の法定管理、未成年後見制度、生死不明の推定の確認等がある（COJ L. 221-9 条）。そのほか、将来保護委任の実施にかかる訴え、配偶者代理権の付与、親族代理権の付与も、後見裁判官が担当することが予定されている。

5-2. 法定後見に対する関わり

5-2-1. 序

後見裁判官は、行政、福祉・医療機関、公証人等と連携してその任務を遂行する。このように、いわば福祉裁判官的性格を有することが、後見裁判官の司法組織上の位置づけとその職務内容を特徴づけている。具体的にみると、後見裁判官の職務権限には、検察官とともに行使することが予定されているものと、後見裁判官に固有のものがある。

5-2-2. 検察官とともに行使する権限

後見裁判官は、検察官とともに、保護措置の実施について一般的な監督を行う（416 条 1 項）。

また、後見裁判官は、保護措置のいかんを問わず、本人を訪問させ、または本人を訪問することができる（416 条 2 項）。本人について保護措置がすでに開始されている場合だけでなく、保護措置を開始しようとする段階でもこの権限を行使することができる。本人との面接は、保護措置の開始後にあつては、保護措置の実施状況を確認することに、また、保護措置の開始前にあつては、本人の判断能力の程度等を確認することに資するものといえる。

5-2-3. 後見裁判官に固有の権限

後見裁判官は、保護措置に任せられる者に対して差止命令を発する権限を有する（417 条 1 項）。さらに、職務の遂行にあたって重大な過誤があつたときには、後見人等を解任することができる（同条 2 項）。計算書類が作成されないとき、証拠書類の

ないことに求められている（改正の趣旨につき、v. S. GUINCHARD, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Documentation française, 2008, not. p. 235 et s.）。

²⁹ <http://www.justice.gouv.fr/statistiques-10054/chiffres-cles-de-la-justice-10303/> 違警罪裁判所（tribunaux de police）に区分される裁判所を含む庁数である。

³⁰ 日本の簡易裁判所は全国で 438 か所であるから、日仏の人口比も考えれば、簡易裁判所に近い規模の裁判所であると考えてよいだろう。

作成をくり返し怠ったとき等がこれに該当する³¹。

後見裁判官は、財産管理にかかる計算について、最終的な判断権限を有する。また、財産管理の遂行にあたって問題が生じたときには、裁定権限を有する。さらに、財産管理に関する報告の条件を定めることができる（463条）。

5-3. 後見裁判官の責任

後見裁判官による職務執行によって損害を被った場合には、国を相手として損害賠償責任を追及する余地がある。この責任は、法的性質からすれば国家賠償責任に属するが、民法典に特則が設けられている（421条、422条）^{32,33}。

6. 後見開始の審判

6-1. 申立権者

申立権者の範囲は、430条に規定される³⁴。同条が掲げる申立権者は、後見人として優先的に選任される「家族」とほぼ同じ範囲をカバーしている。

430条に掲げられる者のうち、どのような者が「緊密かつ持続的な関係を保持する者」に当たるかは、必ずしも明確ではない。学説には、狭義における家族と同様に「愛情の推定される関係」にある者だけがここに含まれるとする者があるのに対して³⁵、身上監護に携わる事業者（医療従事者、ケア・マネージャー等）からの申立てを広く認めるという解釈の余地を指摘する者もある³⁶。

³¹ 後見人は、毎年、有益な証憑を付して財産管理にかかる計算書類を作成しなければならないほか（510条1項）、保護措置の実施状況につき、小審裁判所書記課主任書記官に対して定期的に報告をすることが義務づけられている（511条）。

³² 【421条】 裁判による保護措置のあらゆる機関は、その権限行使について犯されたいかなるフォートから生じた損害についても責任を負う。ただし、強化された保佐の場合を除くほか、保佐人および保佐監督人は、詐欺又は重大なフォートがある場合にのみ、その補佐（assistance）によって行われた行為について責任を負う。

【422条】 保護措置の組織（organisation）および遂行につき、後見裁判官、小審裁判所主任書記官または書記官が損害の原因となるべきフォートを犯したときは、被保護者または保護されていた者が行使する民事責任訴権は、求償訴権を有する国に対して行使される。

(2) 裁判による成年者保護受任者が損害の原因となるべきフォートを犯したときは、民事責任訴権は、この者又は国に対して行使されることができる。ただし、国は求償訴権を有する。

³³ その詳細につき、山城一真「成年後見事件担当裁判官の行為に基づく国家賠償責任——フランス成年後見法制理解の機縁として」田山輝明先生古稀『民事法学の歴史と未来』（成文堂、2014年）605頁を参照。

³⁴ 【430条】 措置の開始の申立ては、保護する必要がある者により、または、場合によっては、それらの者との間における共同生活が終了していない限りにおいて、その配偶者、その者がパクスを締結したパートナー、もしくは内縁の配偶者により、血族もしくは姻族により、成年者と緊密かつ持続的な関係を保持する者により、または、法的保護措置を自ら実施する者により、提起することができる。

(2) それはまた、職権または第三者の求めにより、共和国検事によっても提起することができる。

³⁵ J.-M. PLAZY, *Le renforcement de la priorité familiale dans le choix des tuteurs et curateurs*, JCP N. 2005, n° 1105, p. 298 ; J. HAUSER, *La famille et l'incapable majeur*, in : *La réforme des tutelles : les acteurs*, AJF 2007, p. 204.

³⁶ Fr. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes, Personnalité-Incapacité-Protection*, 8^e éd., Dalloz, 2012, n° 665, p. 706 texte et note 3.

6-2. 医師による能力判定

6-2-1. 診断書を作成する医師

保護措置を開始するためには、精神的または身体的な能力の低下が医学的に確認されなければならない(425条)。保護措置の開始を言い渡す審判にあたって示される医学的所見は、検察官が作成するリストに登録された医師が、「詳細な診断書(certificat médical circonstancié)」を作成して示す³⁷(431条)。ただし、例外的に、本人の健康を害するおそれが認められるときは、診断書の作成を求めないことができる(432条2項)。

診断書を作成する医師は、検察官が作成するリストに登録された者でなければならない(431条)。もっとも、判例は、診断書を作成する医師はリストに登録された者であれば足りるとし、示される所見がその医師の専門に属するものであることまでは求めない³⁸。

6-2-2. 診断書の内容

診断書は、判断能力の減退、それによる影響、事後の見通しに関する判断を行うための資料を裁判官に提供するためのものである。その記載内容は、民事訴訟法典 1219 条に定められている^{39,40}。

6-2-3. 本人が診断に応じない場合

本人が拒絶したために、医師が本人を診察して診断書を作成することができない場合であっても、詳細な診断書を提出せずに審判を開始することはできない。この場合には、医師は、本人の症状に関わる医学的資料をもとに、本人の状況を証する資料(証言、主治医の意見等)に基づく診断書(certificat sur pièces)を作成することになる⁴¹。

³⁷ 診断書の提出は、訴訟受理の要件である(431条)。検察官による申立ての場合も同様である(Cass. 1^e civ., 29 juin 2011, pourvoi n^o 10-21.879)。

³⁸ V. Cass., 1^e civ., 24 novembre 1987, JCP 1988. II. 21129, note Th FOSSIER.

³⁹ 【民訴法典 1219 条】 民法典第 431 条に定める詳細な診断書〔の内容〕は、次のとおりとする。

- ① 要保護成年者または被保護成年者の能力の減退を正確に記載する
 - ② この減退の予見可能な変化に関するあらゆる情報資料を裁判官に提供する
 - ③ 財産および身分に関する民事生活上の行為における成年者の補佐または代理の必要性、ならびに投票権の行使に関して、この減退から生じる結果を明記する
- (2) 診断書には、成年者に対する審問がその健康を損なうおそれがあるか、または成年者がその意思を表明する状態にないかを記載する。
- (3) 診断書は、医師が共和国検事または後見裁判官のみに宛てたものに封をして申請人に交付する。

⁴⁰ 後見人団体の一つである AMP 22 (Association de Protection des Majeurs) がウェブサイト (<http://www.apm22.fr/node/22>) 上で公表する詳細な診断書のひな形の翻訳を、本報告書末尾に添付する。

⁴¹ V. not. Cass. 1^e civ., 20 avril 2017, Bull. civ., à paraître.

6-2-4. 費用

診断書の作成費用は、160 ユーロである（2008年12月22日のデクレ第2008-1485号。ただし、診断ができなかったことの証明書の作成費用は30ユーロである）。診断書の作成費用は本人が負担し（民訴 R. 217 条 1 項）、医師に対して直接に支払う。

6-3. 審理

後見裁判官は、保護措置に関する決定をするにあたり、本人自らを召喚して面接する（432 条 1 項 1 文）。ただし、医師の意見に基づき、本人の健康に対して有害であると認められるか、または本人が意思表示をすることができない状態にあると認められるときには、本人の面接をしない旨の決定をすることができる（同条 2 項）。

裁判所での面接にあたり、本人は、弁護士の付添いを受けることができる。そのほか、後見裁判官の許可があればだれでも立ち合わせることができる（432 条 1 項 2 文・民訴 1220-1 条 4 項）。また、検察官には、立会権が認められる（民訴 1220-1 条 4 項）。

7. 後見人の選任

7-1. 序

2007 年法は、後見人の選任については、フランス法の伝統とされる「家族の優先性」の原則を維持した⁴²。このことは、家族を後見人とせず、専門職後見人を選任することができるのは、家族を後見人とすることが不相当である場合に限られることを意味する⁴³。

もともと、何を以て「不相当」とするかについては、民法は、家族が「後見又は保佐を引き受けることができない」場合としか定めていないから（450 条 1 文）、その認定は、具体的な事案の評価に依存することとなる。判例には、家族の内部に深刻な不和がある場合⁴⁴、家族内の不和に加えて利害対立がある場合⁴⁵、家族が遠隔地にいる場合に⁴⁶、第三者後見人を選任すべしとしたものがある。これに対して、財産管理を行ってきた配偶者に不信の目が向けられている状況において、財産管理の状況を全員に知らしめるために第三者を選任すべきだという理由だけでは、家族の優先性を否定するに

⁴² その背景事情としては、公的負担をできる限り軽減しようという考慮がある。この旨を特に明確に示すものとして、*v. La protection juridique des majeurs : une réforme ambitieuse, une mise en œuvre défailante*, 4 octobre 2016 (<https://www.ccomptes.fr/fr/publications/la-protection-juridique-des-majeurs-une-reforme-ambitieuse-une-mise-en-oeuvre>), p. 43. なお、後見人の選任に関するフランス法の仕組みの概略については、山城・前掲論文（注 1）をも参照。

⁴³ フランス法は、第三者後見人としては主に専門職後見人を想定する。ただし、本人が家族以外の第三者を後見人として事前指定することはあり得るから（448 条 1 項）、その場合には、専門職後見人ではない第三者後見人が選任される余地がある。

⁴⁴ Cass. 1^e civ., 23 février 2011, pourvoi n° 10-12923 ; Cass. 1^e civ., 20 octobre 2010, pourvoi n° 09-15294 ; Cass. 1^e civ., 26 juin 2013, pourvoi n° 12-13730.

⁴⁵ Cass. 1^e civ., 28 juillet 2010, pourvoi n° 10-10824.

⁴⁶ Cass. 1^e civ., 25 septembre 2013, pourvoi n° 12-22300.

足りる事情とはならないとされた例がある⁴⁷。

なお、前述のとおり、2015年時点では、家族が後見人に選任されたのは46.5パーセント程度であり、実情としては、「家族の優先性」の原則が貫徹されているとはいえない。このような状況は、決して肯定的には受け止められておらず、会計院は、家族後見人の利用を促進することが今後の課題であると指摘している⁴⁸。

7-2. 専門職後見人 (MJPM)

7-2-1. 序

2007年改正は、旧法のもとで複数の類型に別れていた専門職後見人を裁判による保護措置の受任者 (MJPM : *mandataire judiciaire à la protection des majeurs*) に統一した (以下、MJPM と略記する)。専門職後見人に関しては、社会福祉家族法典に特別規定が整備されている。

MJPM は、「司法救助において用いられることのある特別代理、保佐、後見又は裁判による付添措置の資格において後見裁判官が付託する成年者の保護措置に平常から (*à titre habituel*) 従事する者」と定義される (CASF L. 471-1 条)。そのうえで、成年後見業務に従事するためには、MJPM は、検察官が作成する候補者リストに登録されなければならない (CASF L. 471-2 条 1 項)。

専門職後見人には、三つの種類のものがある。

7-2-2. 後見人団体

後見人団体 (*association tutélaire*) と通称される非営利団体が、後見人に任命されることがある (CASF L. 471-2 条 2 項 1 号)。広義における「法人後見」に相当するものとみてよいであろう。

後見人団体は、「司法権によって司法救助の枠内において認められる特別受任者又は保佐、後見、又は裁判による付添措置の資格において命ぜられる保護措置を実施する役務」と定義される (CASF L. 312-1 条 I 第 1 項 14 号)。MJPM が選任される場合のうち 80% の事例では、これらの団体が後見人となっている。

7-2-3. 個人

個人は、各県における国の代表機関による認可 (*agrément*) を得て、専門職後見人としての業務に従事することができる (CASF L. 471-2 条 2 項 2 号)。MJPM が選任された事案中、12% がこれに当たる。

⁴⁷ Cass. 1^e civ., 9 juillet 2014, pourvoi n° 13-20077.

⁴⁸ Cour de comptes, *Rapport de la cour des comptes sur la protection juridique des majeurs : À Une réforme ambitieuse, une mise en oeuvre défailante*, 4 octobre 2016, (<https://www.ccomptes.fr/fr/publications/la-protection-juridique-des-majeurs-une-reforme-ambitieuse-une-mise-en-oeuvre>), p. 40.

認可にあたっては、社会福祉家族法典 L. 471-4 条 1 項所定の資格要件を備えたこと、責任保険に加入していること（CASF L. 472-2 条）、資格停止の決定がされていないこと、行為能力が制限されていないこと等の諸要件の充足が確認される。認可を得た個人は、検察官が作成するリストに登録される（CASF L. 472-1 条。認可請求手続の詳細につき、同 R. 472-1 条以下を参照）。

7-2-4. 施設職員

MJPM として活動することについて事前に届出をした医療施設・介護施設の職員は、施設職員としての資格において MJPM となることができる（CASF L. 471-2 条 2 項 3 号、同 L. 471-6 条）。MJPM が選任された事案中、8% がこれに当たる。

社会福祉法典が想定する施設は、「高齢者を受け入れる施設、または、その自宅において日常生活に関する補助、介護、もしくは社会参加への支援を与える施設」（CASF L. 312-1 条 I 第 1 項 6 号）、および「成年の障害者（障害の程度および年齢を問わない）もしくは慢性的疾病をもつ患者を受け入れる施設（医療型ホーム（*foyer d'accueil médicalisé*）を含む）、その自宅において日常生活に関する補助、介護、もしくは社会参加への支援を与える施設、または、社会内処遇としての医療・福祉的な付添支援を提供する施設」（同 7 号）である。

これらの施設が 80 人以上を常時受け入れることができる規模である場合には、その施設は、職員から MJPM としての職務に従事する者を指名しなければならない（CASF L. 472-5 条 1 項、D. 472-13 条）。ただし、施設は、職員を指名することに代えて、後見人団体に委託することもできる（CASF L. 472-5 条 2 項）。

これらの施設の職員が保護措置を行う場合には、本人との利益相反を避ける必要がある。そのために、社会福祉家族法典は、施設職員が施設から独立して後見事務を行うための実効的な保障がなければならぬと定め（CASF L. 472-6 条 1 項）、種々の規定を設けている。具体的には、MJPM としての事務を遂行する職員は、後見裁判官に対して、保護措置を行う旨を直接に報告する（CASF R. 472-20 条 1 項）とともに、施設の代表者に対して、成年後見業務に従事するために施設での就業を休止する日を通知する（同 2 項）。また、施設は、施設職員に対して、MJPM としての事務を行うために発信・受信される信書に関する秘密を保持することを保障しなければならない（CASF R. 472-21 条）、本人に対しては、他の施設職員の立会いのない面会を保障しなければならない（CASF R. 472-22 条）。

7-2-5. MJPM の義務

MJPM には、半年ごとに、自らが受任する事件の件数・内訳を報告する義務が課さ

れる⁴⁹（CASF L. 472-10 条 1 項）。これに加えて、MJPM は、後見裁判官・検察官による一般的監督、各年における計算報告に関する民法上の規律に服する。

以上のほか、MJPM は、保護に関する個人書類を作成・更新し、これを本人に提出することが求められる（CASF L. 471-6 条）。不正防止策の一環である。

7-3. 専門職後見人養成

上記の三類型のいずれに該当するかにかかわらず、MJPM には、道徳性(moralité)、年齢、経験に関する要件が課されている⁵⁰（CASF L. 471-4 条 1 項）。

これに加えて、MJPM は、職業養成を受けなければならない⁵¹（CASF D. 471-3 条 1 項）。専門職後見人の養成は、2009 年 1 月 2 日のアレテ（裁判による成年者保護受任者および家族給付受託者(délégué)に関する能力証明の準備に関する補充的養成に関するアレテ）に根拠を有する⁵²。

8. 身上監護

8-1. 序

成年後見法制は、伝統的にはもっぱら財産管理を旨とする制度であり、1968 年法は、身上監護に関する固有の規定を有してはいなかった。しかし、身上監護の必要性は、同法のもとでも次第に強く意識されるようになり、破産院によっても、民法上の無能力制度は、「一般的に、無能力者の人格および財産の保護に備えることを目的とするものである」との理解が示されるようになっていた⁵³。

2007 年法は、こうした見方を支持し、公衆衛生法典・社会福祉家族法典との連続性を意識しつつ（459-1 条 1 項を参照）、身上監護（protection de la personne：人格の保護）もまた成年後見法の主要な任務であることを明らかにした⁵⁴（425 条 2 項）。これを受けて、身上監護に関する仕組みが、457-1 条以下に設けられている。

⁴⁹ 報告書の様式については、アレテによってモデルが示されている(Cerfa 13932*01)

⁵⁰ 個人として保護措置を受任する者は、25 歳以上であることを要し、かつ、MJPM としての職務を行う際に必要となる分野の一つで三年以上の職業経験を有することを要する。施設従業員は、21 歳以上であることを要し、かつ、一年以上の職業経験を有していなければならない。これに対して、保護措置を受任する団体の従業員は、21 歳以上でなければならないが、職業経験についての要件はない（CASF D. 471-3 条 4 項ないし 6 項）。

⁵¹ 大久保悠貴「フランスにおける第三者後見の制度設計——第三者後見人と親族後見人の処遇の違いと要請プロセスを中心に」日本大学法学研究年報 44 号（2014 年）247 頁を参照。

⁵² 受講科目は、①法律分野：手続法（48 時間）、医事法・福祉法（36 時間）、②財産管理分野：予算管理（48 時間）、租税・財務管理（30 時間）、③人格の保護分野：依存に関する一般的事項と病理学の理解（24 時間）、本人との関係、関与、支援（48 時間）、④受任者の業務分野：関与の範囲と限界（18 時間）、裁判官および司法権限との関係（12 時間）、職業倫理と事例分析（36 時間）である。

⁵³ Cass. 1^o civ., 18 avril 1989, Bull. civ., n^o 156. 後見人は、被後見人の人格に関わる法律行為を単独ですることはできないとの理解を示した判決として、v. aussi Cass. 1^o civ., 24 février 1993, Bull. civ., n^o 87.

⁵⁴ 【425 条 2 項】別段の定めがない限り、保護措置は、その者〔判断能力の減退等によって自ら意思表示をすることができなくなった者〕の人格および財産的利益の保護を目的とする。ただし、保護措置は、明示的にいずれか一方に限定することができる。

457-1条以下は、まず、自己の人格に関わる決定があくまで本人の自律的決定に委ねられるべきことを明らかにしたうえで、例外的に、その決定が補佐・代行される場合における後見人等の身上監護権限の内容を定める⁵⁵。以下では、これに対応して、本人による自律的決定に関わる原則をみた後に、後見人等による補佐・代行の可能性を定める「特則」をみることにする。

8-2. 指導原理

身上監護に関する現行法の規定は、本人の自律、情報提供義務、一身専属的行為という三つの基本概念を軸にして構成されている⁵⁶。

8-2-1. 自律の原則

民法典は、「被保護者は、その状態が許す限りにおいて、自らの人格に関する決定を単独で行う」（459条1項）ことを原則とする⁵⁷（CSP L. 1111-2条1項をも参照）。

ただし、以上のことは、本人自らの心身を害するおそれがある本人の行為につき、後見人が、危難を避けるために必要な限度での行為をすることを妨げるものではない（459条4項）。この規定は、公衆衛生法典が定める強制入院とは別に、本人の行為を停止する必要がある、しかもそのために後見裁判官による許可を俟つことができない場合への対応を後見人に委ねる趣旨のものである⁵⁸。

8-2-2. 本人に対する情報提供

自律の原則を支える原理として、民法は、情報提供に関する責務についての規定を設けている（457-1条⁵⁹。CSP L. 1111-4条1項をも参照）。

本条による情報提供義務は、後見人等が、本人に対して負う。また、本人には判断能力の低下が認められるわけだから、情報提供にあたっては、わかりやすさに特に配慮した手段を選択しなければならない。

なお、以上のことは、後見人等以外の第三者が情報提供義務を負う余地を否定するものではない。本人の治療に当たる者等、本人の人格に関わる情報を保有する専門職

⁵⁵ なお、これらの規定は、「保佐または後見の身上監護」に関する節に編入されているが、その性格上、司法救助において特別代理人に身上監護権限が与えられる場合（438条を参照）、将来保護委任の受任者の権限が身上監護に及ぶ場合にも適用されると解されている。

⁵⁶ 全般的な考察として、S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *L'acte personnel de la personne vulnérable*, RTDciv. 2012, p. 21.

⁵⁷ 本人の自律を成年後見法の基本原則として謳った415条3項からの帰結でもある。

⁵⁸ Cass. 1^o civ., 27 février 2013, Bull. civ., n^o 25 は、強度の近視を理由として自動車の購入を許可しなかった保佐人の判断は、保佐人の権限行使として適切なものであったとした。なお、保佐人が講じた具体的対応が被保佐人の利益に適うものであるか否かの評価は、事実審査裁判所の専権に属するものとされる。

⁵⁹ 【457-1条】 被保護者は、その保護を引き受けた者から、自らの状況に適する態様で、自身の身上に関する状況、当該行為、その有用性、その緊急性の程度、その効果および被保護者がそれを拒絶することの結果に関するあらゆる情報を受ける。ただし、法律により、第三者が被保護者に対して情報提供義務を負う余地を妨げない。

従事者もまた、後見人等と並んで本人に対する情報提供義務を負うことがある。

8-2-3. 一身専属的行為

民法典は、「その性質が一身専属的な同意を含む行為の実行については、被保護者を補佐しまたは代理することはできない」とし（458条1項）、本人の人格に関わる一定の行為が、本人の排他的な自由領域に属することを明らかにしている。こうした取扱い、旧法の解釈論として示されていた構想を法典化したものであると評されており⁶⁰、一般に「一身専属的行為（*acte strictement personnel*）」とよばれる。

具体的に、どのような行為が一身専属的行為に当たるかにつき、458条2項は、「子の出生、認知の届出、子の身上に関する親権の行使、子の氏の選択または変更の届出、および自らまたはその子の養子縁組に対する同意は、一身専属的なものとみなす」と定め、一身専属的行為のリストを示している。この規定が限定列举であるか、それとも例示列举であるかについては議論の余地がありそうであるが、学説は、一致してこれを例示列举であるとみている⁶¹。

以上のとおり、人格に関わる行為には、代行決定の余地があるものとないものの二種がある。代行決定の可能性があるものは、一般に「単に人格に関わる行為（*acte simplement personnel*）」とよばれ、一身専属的行為と区別される。

8-3. 民法上の特則

8-3-1. 代行決定の可能性

以上の基本原則に対して、本人が自ら十分な理解に基づく意思決定をすることができない状態にあるときは、後見裁判官は、人格に関する行為について後見人による補佐を受けることができる旨を定めることができる（459条2項1文）。さらに、本人自らによる意思決定を補佐するだけでは不十分であるときは、後見裁判官は、本人を代理することを許可することができる（同項2文）。この決定は、保護措置を開始する審判においてすることができるほか、保護措置が開始された後に命令によってすることもできる⁶²。

⁶⁰ 68年法のもとでの解釈論として、グリデルは、「すぐれて本人の人格に関わる行為（*acte éminemment personnel*）」については、本人自らによる決定の可能性が留保されなければならないと主張していた（J. P. GRIDEL, *L'acte éminemment personnel et la volonté propre du majeur en tutelle*, Rapport annuel de la Cour de cassation 2000, p. 79）。

⁶¹ N. PETERKA, A. CARON-DÉGLISE et Fr. ARBELLOT, *Protection de la personne vulnérable. Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, 4^e éd., Dalloz, 2017, n° 213.33.

⁶² 【459条2項】 被保護者の状態により、十分な思慮に基づいて人格に関する決定を単独ですることができない場合には、裁判官（又は、設立されているときは家族会）は、人格に関する行為の全部、又は、それらのうち裁判官又は家族会が掲げるものについて、保護を任せられる者による補佐を受ける旨を定めることができる。補佐では不十分な場合には、裁判官又は家族会は、必要があれば後見の措置を開始した後に、本人の代理を後見人に許可することができる。

さらに、民法典は、若干の行為につき、例外的に本人を補佐・代理することの可否・要件等を個別的に定めている。一連の規定の内容は、本人の生活の基本的条件（*cadre de vie*）に関するもの（8-3-2.、8-3-3.）と（459-2条⁶³）、本人の身分関係の形成に関わるもの（8-3-4.）とに大別することができる。

8-3-2. 住居の選択

本人の住居の選択については、次のような取扱いが定められている。

本人の住居は、それが主たる住居であるか否かに関わらず、できる限り長い間、本人の自由に委ねられなければならない（426条3項）。生活の基本的条件に関する選択を本人に委ねる趣旨である。

住居の選択が本人に留保されるべきことは、人格に関わる自己決定の原則（459条）の一つの具体化としても位置づけられている（459-2条1項）。本条は、司法救助（438条）および将来保護委任（479条）についても準用されるほか、財産管理のみを目的として保佐・後見が言い渡される場合にも適用されると指摘される⁶⁴。

以上の原則に対して、本人の希望に従った住居を選択することに困難がある場合には、例外的に、後見裁判官が住居を定めることができる（459-2条3項）。2007年改正前に規定がなく、取扱いが不明確であった点につき、裁判官の権限を明示したものである⁶⁵。なお、本人を施設に入所させるときには、医師による事前の意見を徴する必要がある⁶⁶（426条3項）。

8-3-3. 人間関係の形成

本人は、親族であるか否かにかかわらず、他者との間で人間関係を形成する自由を保持することが原則である（459-2条2項）。したがって、保護措置の開始、変更または更新の審判がこの点について特に言及していないときは、これらの行為は本人の自由に委ねられる。人間関係の形成に関わる行為としては、具体的には、他者を訪問しまたは他者の訪問を受けること、信書や電子メールを送受信すること、電話をすること等が想定される⁶⁷。

⁶³ 【民法典 459-2条】 被保護者は、自らの住居を選択する。
被保護者は、親族であるか否かにかかわらず、あらゆる他者との人的関係を自由に維持する。
被保護者は、訪問を受け、場合によっては宿泊させる権利を有する。
困難がある場合には、後見裁判官、または、設立されている場合には家族会が、これを裁定する。

⁶⁴ PETERKA, CARON-DÉGLISE et ARBELLOT, *supra* note 20, n° 213.51.

⁶⁵ もっとも、後見裁判官がどのような基準によって審判を下すべきかについては、本人の「利益」（415条）以上の基準は示されていない。

⁶⁶ また、判例は、植物状態にある本人が入居する施設の移転は「重大な行為」（後述）に該当するから、これに関しては、459-2条3項ではなく、459条3項が適用されるとする（Cass. 1^e civ., 13 décembre 2017, pourvoi n° 17-18.437）。

⁶⁷ PETERKA, CARON-DÉGLISE et ARBELLOT, *supra* note 20, n° 213.52. したがって、行政上の手続や納税等に関わる書類を除き、本人に宛てられた信書を後見人が開披することは許されないと解される。

もっとも、これらの行為は、一身専属的行為ではないから、本人の自由に委ねることがその利益に反する場合には、例外的に、後見裁判官の許可を得て、補佐または代理をすることができる（459条2項）。また、困難が生じた場合には、後見裁判官の判断によって対応が決められることが想定されている⁶⁸（459-2条3項）。

8-3-4. 婚姻・離婚

保護措置が開始された後であっても、婚姻は、本人自らの決定によってしなければならない。もっとも、婚姻をするための要件は、保佐と後見の場合とでは区別して規定されている。すなわち、被保佐人が婚姻をするためには、保佐人による同意が必要である⁶⁹。保佐人による同意が得られないときには、後見裁判官がこれに代わって同意することができる（460条1項）。これに対して、成年被後見人が婚姻をするためには、後見裁判官による許可が必要である。

後見裁判官が許可を与えるにあたっては、あらかじめ配偶者になろうとする者からも意見を聴取しなければならない、必要があれば、親族および周囲の人（*entourage*）の意見を聴くことができる（460条2項）。婚姻を許可するかどうかの判断は、後見裁判官の専権に属するが、判断には理由が付されなければならない。

8-3-5. いわゆる「重大な行為」

以上のとおり、民法は、単に人格に関わる行為に関しては、例外的に補佐・代理権を付与する余地を認めている。そして、その限りにおいては、後見人は、個々の行為を実施するにあたって裁判所の許可を得る必要はない。

しかし、民法は、単に人格に関わる行為であっても、「被保護者の身体の完全性または私生活の秘密に対して重大な侵害をもたらす結果を有する決定をする」場合には、緊急の場合を除き、後見裁判官の許可を得なければならないとすることができないものとする（459条3項）。もっとも、何が「重大な行為」に当たるかについては定義がないため、個々の場合に即して決定しなければならない⁷⁰。

なお、次述のとおり、本条は、医療行為等に対する代諾が問題となる場面において、公衆衛生法典の規定と併せて適用される。代諾を与える際の裁判所の関与については、公衆衛生法典それ自体は何らの規定も置いていないため、もっぱら本条の

⁶⁸ 具体的には、旧法のもとで、前の後見人から言葉による虐待を受けたために本人が興奮状態にある場合において、家族との面会を一時的に停止させる旨の命令が下された事例（*Cass. 1^e civ., 28 janvier 2003, pourvoi n° 00-19.583, RTDciv. 2003, 480, obs. J. HAUSER*）がある。

⁶⁹ 被保佐人の婚姻について保佐人の同意を求めた460条1項については、憲法院においてその合憲性が争われた（*C. const. 29 juin 2012, QPC n° 2012-260, JO 30 juin, p. 10804*）。憲法院は、保佐人による同意が得られない場合には後見裁判官が許可を与えることができること、後見裁判官による審判に対しては不服申立の権利が保障されていることを指摘して、本条は婚姻の自由を奪うものではないとし、この規定を合憲とした。

⁷⁰ その判断にあたっては、「身体の完全性」については16-3条が、また、私生活の秘密については9条が、それぞれ基本原則を宣言した規定として参酌されることになる。

解釈に委ねられることとなる。

8-4. 公衆衛生法典における取扱い

8-4-1. 序

民法典 459-1 条 1 項は、身上監護については「公衆衛生法典および社会福祉家族法典によって規定される特則」が適用されることを明らかにする。これを受けて、たとえば医療行為に関する代諾は、民法上の成年後見制度ではなく、公衆衛生法典による規律に広汎に服することが予定されている。以下では、公衆衛生法典の規定のうち、医療行為の代諾に関わるもののみを概観する⁷¹。

8-4-2. 本人の権利

公衆衛生法典は、自らの健康について知らされる権利とともに (CSP L. 1111-2 条 1 項)、自らの健康について決定する権利を定める (CSP L. 1111-4 条 1 項。治療を拒絶する権利をも有する。同条 2 項)。本人が成年被後見人や被保佐人であっても、自ら意思を表明することができる状況にある以上、この原則に何ら変わりはない (同条 7 項)。本人に対する情報提供を定めた民法の規定は、これらの規定にならって定められたものである。

本人が自らの意思を表明することができないときであっても、本人の意思を代弁する他者への相談を経なければ、本人に対する治療や侵襲を行うことは認められない (同条 5 項)。そのような他者として、本人は、親族、身近な者、治療に当たる医師等から、自らが医師を表明することができなくなったときのために相談を受ける「信任する者 (*personne de confiance*)⁷²」を選んでおくことができる (CSP L. 1111-6 条)。

ただし、以上の原則に対しては、若干の例外的な取扱いが定められている。

第一に、本人の健康状態について緊急性がある場合には、例外的に、信任する者、家族・近親者の意見を聴取することなしに治療行為を行うことが認められている (CSP L. 1111-4 条 5 項)。

第二に、後見に付された成年者については、後見人が本人に代わってその権利を行使する余地が認められている⁷³ (CSP L. 1111-2 条 5 項)。たとえば、身上監護権限を

⁷¹ 社会福祉家族法典においては、そのほかにも、本人の施設入所等への代諾等に関する取扱いが定められている。

⁷² 本人は、本人自らが意思表示をすることができなくなったときに本人に代わって医療措置に関する決定を行う者として、「信任する者」を選ぶことができる。本人が後見に付されている場合には、本人は、後見裁判官 (家族会) の許可を得て、信任する者を自ら指示する (CSP L. 1111-6 条 5 項)。もっとも、信任する者を選んだ場合において、後見人に身上監護権限が与えられているときに (459 条 2 項を参照)、両者がどのように役割分担をするかについては、法律によって明確な方針が定められてはいない。

⁷³ 後者の点については、成年被後見人を未成年者に準じて扱う点において、2007 年法以降の民法の基本構想とは整合し難いものであると指摘される (PETERKA, CARON-DÉGLISE et ARBELLOT, *supra* note 20, n° 214-21.)。

与えられた保佐人・後見人は、本人と同様の資格において、本人が受けた診断結果に関わる資料を閲覧することができる（CSP L. 1111-7 条 2 項）。

8-4-3. 医療行為

医的侵襲に同意する権利は、民法 16-3 条および公衆衛生法典 1111-4 条によって保障される基本権である。先述のとおり、医的侵襲については、本人が後見に付されている場合であっても、自らの意思を表明することができる状態にある限りは、必ずその同意を求めなければならない（CSP L. 1111-4 条 7 項）。

これに対して、本人自らが意思表示をすることができない場合には、本人の意思を代弁する他者の意見に基づいて決定を行うこととなる。具体的には、本人が「信任する者」を指定している場合にはその意見を徴し、それがない場合には家族・近親者の意見を徴する（1111-4 条 5 項）。ただし、後述のとおり、延命措置の停止等、本人の死亡を帰結する可能性のある措置の実行は、合議手続（*procédure collégiale* : CSP L. 1110-5-1 条）を経たうえで⁷⁴、本人による事前指示（それがない場合には、信任する者等の意見）を斟酌して決定しなければならない。

これに対して、身上監護権限を有する後見人が本人に代わって同意を与えることができるかどうかについては、公衆衛生法典には明示的な定めがない。そのため、学説は、この問題は民法の規定に従って解決されると説いている⁷⁵。身体の完全性に対して重大な侵襲を及ぼす行為は「重大な行為」に該当するから、これについて代行決定を行うためには後見裁判官による許可を得るべきこととなろう。

以上のとおり、医療行為の代諾に関しては、民法と公衆衛生法典という二系列の規律が設けられているにもかかわらず、相互の関係が十分に調整されていないために、個々の場面における適用には不明確な点が多々見受けられる⁷⁶。

8-4-4. 強制入院

公衆衛生法典に定められる入院は、一定の要件のもとで、本人以外の第三者からの申立てによって、本人の同意によらずに許可されることがある（CSP L. 3212-1 条）。

第三者からの申立てによる場合には、強制入院を命じるためには、本人につき、①精

⁷⁴ 合議手続は、治療チームが編成されている場合には医師の意見を徴するとともに、上下関係の存しない 1 人以上の医師の意見を徴することを内容とする（V. M.-Fr. CALLU *et al.*, *Dictionnaire de droit de la santé*, Lexis-Nexis, 2017, v° *Fin de vie*）（その手続につき、CSP R. 4127-37-1 条 III を参照）。また、合議に際しては、信任する者等の意見を求めることもできる（同）

⁷⁵ PETERKA, CARON-DÉGLISE et ARBELLOT, *supra note 20*, n° 214.31.

⁷⁶ こうした状況を改善することは、立法上の課題として意識されてきた。近年では、健康に関する制度の現代化に関する 2016 年 1 月 26 日の法律第 2016-41 号 211 条が、医療行為に関する同意に関する民法典と公衆衛生法典の規定を調整するために、オールドナンスによって所要の立法的対応を行うことを政府に授權した。しかし、同法が定める期間（18 か月）内にオールドナンスが制定されなかったため、この改正は実現されなかった。

神障害によって同意をすることができないことに加えて、②本人の精神状態が、完全入院を正当化する継続的な医療観察、または、法所定の形式に従って行われるその他の監護を正当化する定期的な医療観察を伴う治療を直ちに必要とする事情がなければならぬ。申立てをすることができる第三者は、家族のほか、治療開始以前から本人との交際があった者に限定される。申立てには、入院のための上記二要件を充足する旨の所見を示す二通の診断書が付されなければならないが、緊急時には、精神医療施設の長は、一通の診断書によって強制入院の申立てをすることができる。ただし、この場合には、診断書は、本人を受け容れる施設の医師が作成するものであってはならない（CSP L. 3212-1 条）。

そのほか、本人の完全性を害する重大な危険があるときは、施設の長は、当該施設の医師の診断書に基づいて強制入院を求めることができる⁷⁷（CSP L. 3212-3 条）。

8-4-5. 終末医療

公衆衛生法典は⁷⁸、患者が尊厳ある死を迎える権利を謳うとともに、その苦痛をできる限り緩和するために医師が努めるべきことを求めたうえで（1110-5 条 2 項）、患者に対しては、その意見によって不合理な延命措置の停止を求めることを認めている⁷⁹（1110-5-1 条 1 項）。そのうえで、患者が自ら意思を表明することができないときには、合議手続を経て、延命措置の停止に関する決定を下すことが認められている（同）。以上のとおり、この場面においては、本人と医師とが共同して決定を下すことが想定されており、後見人等による代行決定の余地はない。

なお、成年者は、自ら意思を表明することができなくなる場合に備えて、事前指示書（*directives anticipées*）を作成することができる⁸⁰（CSP L. 1111-11 条 1 項）。その

⁷⁷ 概略につき、v. M.-L. MOQUET-ANGER, *Droit hospitalier*, 4^e éd., LGDJ, 2016, n° 408.

⁷⁸ フランス法において、生の終末（*fin de vie*）に関する法的取扱いの基本原則を枠づけたのは、いわゆるレオネッティ法（2005 年 4 月 22 日の法律第 2005-37 号）と、クレイ＝レオネッティ法（2016 年 2 月 2 日の法律第 2016-87 号）であり、これらの法律に由来する規定が現行公衆衛生法典に定められている。2016 年改正以前の法状況については、クリスティアン・ビック（島岡まな訳）「フランス法における安楽死」*阪法* 56 卷 3 号（2006 年）349 頁（なお、同（柿本佳美訳）「フランス法における安楽死」*早比* 42 卷 2 号（2009 年）195 頁をも参照）、近藤和哉「フランスの終末期医療——臨床現場におけるレオネッティ法とわが国への示唆」*神奈川ロージャーナル* 7 号（2014 年）101 頁を参照。なお、クレイ＝レオネッティ法は、「ヴァンサン・ランベール事件」とよばれる一連の紛争を受けて制定されたことで知られる。この事件の経緯については、近藤・前掲論文のほか、牧田満知子「欧州人権裁判所判決から考えるフランス『尊厳死法』——ヴァンサン・ランベール（Vincent Lambert）事件の検討を通して」*医療・生命と倫理・社会*（大阪大学）13 号（2016 年）57 頁を参照。また、同法の制定経緯・内容と評価については、大河原良夫「フランス終末期法とターミナル・セデーション——『不合理執拗』と安楽死のあいだ」*福岡工業大学研究論集* 48 卷 1 号（2015 年）25 頁をも参照。

⁷⁹ このように、公衆衛生法典は不合理な延命措置の不継続を決定する自由を尊重しているが、実際には、患者自身が不合理な延命措置を望むケースが少なくないようである。

⁸⁰ もっとも、事前指示書制度は、実際には十分に使用されておらず、少なくとも現時点においては、成功を取めている制度とは評価し難いようである（マリー・グロセ氏（パリ検事局検事）からの聴取に負う）。その活用は、今後の課題であると指摘される（V. aussi M. GROSSET, *La fin de vie, qui en décide ?*, Les cahiers de la justice, 2017/3, p. 439）。

方式・内容は、法定されている（CSP 1111-11 条 2 項。CSP R. 1111-17 条以下）。なお、本人が後見に付されている場合にも、事前指示書を作成する余地は残されているが、後見裁判官（家族会）の許可を得なければならず、また、後見人が本人を補佐・代理することはできないものとされている（同条 7 項）。

医師は、例外的な事情がある場合を除き、事前指示書を遵守する義務を負う⁸¹（同条 3 項、CSP R. 4127-37-1 条 I）。例外としては、①患者の生命に関わる緊急の事情が存する場合のほか（CSP R. 4127-37-1 条 II）、②事前指示書の内容が本人の医学的状況に合致しない場合が想定される（CSP R. 4127-37-1 条 III）。後者の場合には、医師は、合議手続を経たうえで事前指示書を遵守しない旨の決定を下さなければならず、その結果は、信任する者等、本人の近親者に知らされなければならない（CSP L. 1111-11 条 4 項）。

以上のとおり、公衆衛生法典は、生の終末に関する基本原則と決定手続の枠組みを定めている。しかし、それらの規定は、あくまで大綱となる方針を示すにすぎず、個々の事案における取扱いは、医療の実務に広汎に委ねられている。患者・医師・裁判所が協働して望ましい解決を模索することが、この分野においては不可欠の課題とされている。

9. 福祉行政との関わり

9-1. 序

9-1-1. 制度の目的

2007 年改正は、旧法下において混然として運用されていた民事法上の保護と社会福祉法上の保護とを分離することを一つの目的とするものであった。これに伴って、旧法下の制度において活用されていた社会給付後見（*tutelle aux prestation sociale*）が廃止され、付添措置（*mesure d'accompagnement*）とよばれる制度が創設された。

付添措置の基本的な目的は、社会給付の受給者たる本人による資金管理を支援し、その自律を促すことによって、社会への包摂を目指すところにある（CASF L. 271-1 条を参照）。したがって、付添措置の開始は、本人の行為能力の制限をもたらさないものとされる（495-3 条を参照）。この制度の主な特徴を細説すれば、①その対象者は、社会給付を受給している者であって、かつ、その管理が適切に行われないうちに本人の健康または安全に危害が及ぶ可能性がある者である⁸²。また、②支援の対象となる社会

⁸¹ ただし、事前指示書については登録等の制度が存しないため、医師が実際に事前指示書の存在を知ることは時として困難である。それにもかかわらず、事前指示書の遵守が義務づけられていることは、医療実務にとって大きな負担となっているようである（グロセ氏からの聴取に負う）。

⁸² 成年後見制度との相違は、成年後見制度が判断能力の低下した者の保護・支援を目的とするのに対して、付添措置が健康・金銭管理に困難を抱える者を支援する制度である点にある。もっとも、本人の生活状況を悪化させているのが社会生活上の問題なのか、判断能力の問題なのかを見極めることは時として困難であり、民事法上の保護と社会福祉法上の保護とが切り分けられた結果、いずれの保護からも漏れる領域が生じているとの懸念も示されている（以上につ

給付は、デクレによって列挙されている（CASF D. 271-2 条）。賃料の補助、高齢・障害を理由とする給付が、その主たるものである。

9-1-2. 付添措置の種類

付添措置には、もっぱら行政レベルでの対応が図られる社会福祉上の付添措置（Mesure d'Accompagnement Social Personnalisé : MASP）と、裁判所によって命ぜられ、一定の強制的性格を有する裁判による付添措置（Mesure d'Accompagnement Judiciaire : MAJ）とがある。前者に関する規定が社会福祉家族法典に置かれているのに対して（CASF L. 271-1 条以下）、後者に関する規定は、裁判所の関与のもとで実施されるその性格上、民法典に置かれている（495 条以下）。

9-1-3. 利用実態

社会福祉上の付添措置の利用件数は 9871 件であり⁸³（2011 年 12 月 31 日）、裁判による付添措置の利用件数は 8640 件（2015 年）であるとされる⁸⁴。このように、いずれの制度も十全に機能しているとはいえないが、その要因としては、裁判所が依然として新制度に対応し得ていないこと、実施主体である県が過重な負担に耐え得ないこと等が指摘されている⁸⁵。

9-2. 社会福祉上の付添措置

社会福祉上の付添措置は、県（département）が行う行政上の措置である。社会福祉上の付添措置には、契約によるものと、後見裁判官の関与に基づいて行われる強制的程度がより大きいものがある。県は、まずは契約による付添措置の利用を指導し、その利用に支障がある場合には、後見裁判官の関与による付添措置を行う。

9-2-1. 契約による付添措置

契約による付添措置は、本人と県との間で契約を締結することによって行われる（CASF L. 271-1 条 2 項）。

本人は、この契約により、県に対して、自らが受領すべき社会給付の全部または一部を受領・管理することを許可することができる（CASF R. 271-3 条 1 項）。県が受領した給付は、賃料および賃貸借に伴う負担の支払に優先的に充てられる（CASF L. 271-2 条 2 項）。実施契約の期間は、6 か月ないし 2 年として定める（同条 3 項 1 文）。こ

き、v. PETERKA, CARON-DÉGLISE et ARBELLOT, *supra* note 20, n° 421.22)。

⁸³ [http://solidarites-](http://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/mesures_d_accompagnement_social_et_budgetaire.pdf)

[sante.gouv.fr/IMG/pdf/mesures_d_accompagnement_social_et_budgetaire.pdf](http://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/mesures_d_accompagnement_social_et_budgetaire.pdf).

⁸⁴ PETERKA, CARON-DÉGLISE et ARBELLOT, *supra* note 20, n° 421.14, *texte et note 5* に負う。ただし、参照されている資料の特定が困難であり、出典とされている統計情報を確認することができなかった。

⁸⁵ PETERKA, CARON-DÉGLISE et ARBELLOT, *ibid.*

の期間は延長することができるが、合計で4年を超えることはできない（同2文）。また、付添措置の実施契約には、社会への包摂を促し、社会給付を自ら管理し得る状況を回復するための取組みを定めなければならない（CASF L. 271-2 条1項）。

実施契約は、既に本人に適用されている福祉活動との連携を取りつつ履行される（CASF L. 271-1 条1項）。県は、他県、地方公共団体の社会福祉センター、非営利団体等の他機関に対して契約の履行を委託することもできる（同 L. 271-3 条）。実務上は、旧法において社会給付後見を実施していた機関に事務が委託されることが多く、また、①単一の社会給付を管理する場合（MASP 1）、②複数の社会給付を管理する場合（MASP 2）、③賃貸借債務の直接支払が利用される場合（MASP 3）に類型化し、それぞれの場面に即した受任者が選択されている⁸⁶。

本人は、負担金（contribution）を求められることがある。負担金の額は、本人の利益に応じて、県会議長が決定する。ただし、その額はデクレによって定める上限を超えることができない⁸⁷。

9-2-2. 裁判所の関与による付添措置——賃貸借債務の直接支払

本人が契約の締結を拒絶し、または締結された契約を遵守しない結果、2か月以上にわたって賃貸借契約上の債務の履行を怠ったときは、県会議長は、本人が居住する地の小審裁判所裁判官に対して（CASF R. 271-7 条を参照）、本人が支払うべき債務の額を限度として、賃料および賃貸借に伴う諸費用を賃貸人に対して直接に支払うよう命ずることを求めることができる（CASF L. 271-5 条1項、2項）。

賃貸人に対する直接支払は、本人および本人がその生活を持続的に維持する者のために必要な生計の資を奪うものであってはならない（CASF L. 271-5 条3項）。また、この措置は、2年を超えて命ずることができず、また、合計で4年を超えて更新することもできない（同条4項）。裁判を言い渡された原因がやんだときは、本人は、措置の終了を求めるための訴えを提起することができる（CASF R. 271-15 条）。加えて、県会議長は、いつでも、この措置の終了を後見裁判官に申し立てることができる（CASF L. 271-5 条5項）。

9-3. 裁判による付添措置

9-3-1. 制度の内容

裁判による付添措置は、社会福祉上の付添措置によっては十分な管理が実現されないときに、社会給付の受給者が通常の住居を有する地の後見裁判官が命ずることによ

⁸⁶ PETERKA, CARON-DÉGLISE et ARBELLOT, *supra* note 20, n° 421.42.

⁸⁷ CASF D. 271-5 条は、上限額の定めとして CASF R. 471-5-2 条を参照する。具体的には、社会保証法典 L. 821-1 が定める成年障害者手当（l'allocation aux adultes handicapés）の年額よりも低い収入しかない場合には費用負担は免除され、それ以上の収入がある場合には、年収額に応じて一定の区分に従った上限額が設けられている。

って行われる（495条1項）。

具体的には、県会議長は、社会福祉上の付添措置によっても本人が社会給付の管理に関する問題を克服することができず、そのために本人の健康と安全に危害が及ぶときは、検察官に対して、本人の福祉および金銭の状況に対する評価ならびに社会福祉上の付添措置の経過を記した報告書を送付する（CASF L. 271-6条1項）。これを受けた検察官は、諸般の事情にかんがみて、後見裁判官に対する申立てをすることが適当であるかどうかを判断する（495-2条1項）。

後見裁判官は、デクレによって定めるリスト（社会福祉上の付添措置と同様のもの。CASF D272-1条、同 D. 271-2条を参照）のなかから管理されるべき社会給付を選択する（495-4条1項）。裁判による付添措置の受任者となることができるのは、MJPMとしてリストに登録された者である（495-6条）。

付添措置の受任者は、専用の口座を開設して、裁判所が定めた社会給付を管理する（495-7条1項）。管理にあたっては、受任者は、本人の意向と家庭の状況とを考慮しなければならず（同条2項）、本人が社会給付を自ら管理し得る状況を回復するための教育的な取組みを行わなければならない（同条3項）。

付添措置は、2年を超えて言い渡すことができないが、本人、代理人または検察官からの申立てに基づき、特に理由を付した決定によってこれを延長することができる。ただし、その期間は合計で4年を超えることができない（495-8条）。期間が満了したときは、社会福祉上の付添措置に移行することができる（CASF L. 271-1条3項）。また、期間の継続中であっても、後見裁判官は、職権により、またはMJPMもしくは検察官からの請求により、裁判による付添措置が及ぶ範囲を変更し、または付添措置を終了させることができる（495-4条2項）。

9-3-2. 法定後見との関係

裁判による付添措置は、本人の行為能力の制限をもたらすものではなく（495-3条88）、本人が受給する社会給付の一部に限って本人の管理権限を制限し、裁判によって選任される代理人にこれを委ねるものである。この点で、裁判による付添措置と法定後見とは次元を異にする。しかし、裁判による付添措置は、法定後見とは併用することができず（495-1条1項）、法定後見が開始されたときには当然に終了する（同2項）。旧法下において運用上の争いがあった点を解決したものであるが、趣旨を異にする制度であるにもかかわらず併用を認めないこととしたのは、費用負担が二重になることが懸念されたためのものである。

⁸⁸ ただし、社会給付が直接管理される限度においては、本人の能力は制限される（法定代理に関する1159条1項をも参照）。

10. 任意後見

10-1. 序

2007年改正は、契約後見の制度として、将来保護委任を導入した。将来保護委任は、次の二つの場面において固有の役割を果たすことが期待された。

第一に、自身について適用される保護措置を定めておくことである（「自己のためにする将来保護委任」とよぶこととする）。成年後見法における意思自律の原理の導入といえる。

第二に、いわゆる「親なき後」の問題に対応するために、自らの子に適用される保護措置を定めておくことである（477条3項）（「他人のためにする将来保護委任」とよぶこととする）。

以上に加えて、将来保護委任の導入は、裁判所の負担軽減を図ったものであったとみられる。そのため、将来保護委任は、ごく例外的な場合においてしか後見裁判官の関与を求めない制度として設計されている。

10-2. 法的性質

10-2-1. 法的性質

将来保護委任は、一種の委任契約である。したがって、その性質に反しない限り、委任契約に関する民法の規定が適用される（478条）。また、受任者は、委任契約の原則に従って事務処理について損害賠償責任を負う（424条1項・1992条）。さらに、代理を行うについては、契約総則における法定代理に関する規定が適用されることとなる（特に、1156条以下を参照）。

もっとも、将来保護委任は、半面においては本人の判断を補うための保護措置としての性格を有しているため、種々の点につき、一般の委任契約とは異なる規律が設けられている。

10-2-2. 法定後見との関係

法定後見と将来保護委任との優劣関係については、補充性の原則を根拠として、将来保護委任によることができるときにはそれを優先し、法定後見を開始すべきではないと説かれるのが一般である。また、法定後見と将来保護委任が同時に適用されることも妨げられない。すなわち、将来保護委任の適用範囲が狭いために、将来保護委任だけでは本人の保護にとって不十分である場合には、補充的に法定後見を開始することができる（485条2項）。このような取扱いをすることは、自律の原則（415条3項）にも適うといえる。

10-3. 委任の締結

10-3-1. 委任者に関する要件

成年者および解放された未成年者は、後見または包括的親族代理権の対象とされていない限り、自身のために将来保護委任を締結することができる（477条1項、494-8条2項）。これに対して、被保佐人は、保佐人による補佐を得て将来保護委任を締結することができる（477条2項）

未成年者は、将来保護委任を締結する能力を有しない（477条1項）。未成年後見人が未成年者を代理して将来保護委任を締結することも許されない（477条3項、4項。他人のためにする将来保護委任の締結手続によることとなる）。

10-3-2. 受任者に関する要件

委任者は、だれを将来保護委任の受任者とするかを自由に決定することができる。受任者は、複数であってもかまわない（477条1項）。

ただし、受任者となり得る者の適格性については、一定の制限が設けられている。すなわち、法人を受任者とするときは、社会福祉家族法典 L. 471-2 条所定の後見人団体から受任者を選択しなければならない（480条1項）。また、自然人を受任者とするときは、委任契約の履行時において行為能力を有しており、かつ、後見人を受任するための適格性（445条）を備えていなければならない⁸⁹（480条2項）。

10-3-3. 方式要件

将来保護委任は、公署証書または私署証書によって締結することができる⁹⁰（477条4項）。

公署証書によって委任契約を締結するためには、委任者が選任した公証人が委任状を受理するとともに、同様の方式で受任者が承諾の意思表示をしなければならない⁹¹（489条1項）。

私署証書による委任は、①確定日付が付され、②委任者の手書きによる署名がされることを要するほか、③弁護士が連署するか、デクレが定めるモデル書式⁹²によらなければならない（492条）。

⁸⁹ 具体的には、解放されていない未成年者、保護措置（司法救助も含む）が付されている成年者、親権を剥奪された者、刑法典 131-26 条によって後見人を受任することが禁じられている者等は、受任者としての適格性を有しない。加えて、医師、薬剤師、医療助手は、自らの患者について保護措置を引き受けることができず（445条2項）、信託の受託者は、委託者の保護措置を兼務することができない（同条3項）。

⁹⁰ ただし、他人のための将来保護委任は、公正証書によらなければならない（477条3項、4項）。

⁹¹ なお、公署証書の作成に要する費用は、管理される財産の多寡に応じて、130.96 ユーロから 392.88 ユーロであるとされる。V. PETERKA, CARON-DÉGLISE et ARBELLOT, *supra* note 20, n° 411.21.

⁹² Décr. n° 2007-1702, 30 novembre 2007.

10-3-4. 公 示

将来保護委任が導入された当時には、将来保護委任を公示する手段が存在せず、そのことが、特に取引の相手方となる第三者にとっての不便を生じさせていた。こうした問題点に対処するために、いわゆる高齢化社会対応法（2015年）によって、将来保護委任の公示手段が新設された。すなわち、将来保護委任は、特別の登録簿に登録されることとされ、その態様と閲覧方法は、コンセイユ・デタの議を経たデクレによって定めることとされている⁹³（477-1条）。もっとも、公示を求めることに対しては、能力制限を伴わない将来保護委任という制度の本旨に反するとの指摘や⁹⁴、公示が要求されることが制度の普及の足かせとなるとの懸念もみられる⁹⁵。

10-4. 委任の実施

10-4-1. 委任契約の発効

将来保護委任は、委任者が単独では自らの利益を保持することがもはやできないことが確認されたときに、その効力を生じる（481条1項）。委任の効力を生じさせるために、受任者は、小審裁判所書記課に対して、委任状のほか、431条所定の医師によって作成された診断書を提出する（同条2項）。

以上のように、将来保護委任は、後見裁判官の関与を要せずに発効する点に一つの特徴を有する。すなわち、将来保護委任が発効するためには、受任者が本人を同行して小審裁判所書記課に出頭する（民訴1258-1条1項）。書類の提出を受けた書記官は、将来保護委任の有効要件を確認する（民訴1258-2条）。後見裁判官が関与するのは、書記官が将来保護委任を発効させるための要件が充足されていないと判断した場合において、受任者が将来保護委任の発効を申し立てたときに限られる⁹⁶（民訴1258-3条3項）。

10-4-2. 委任事項

将来保護委任の内容は、基本的には契約自由の原則に服する。したがって、どのような行為を委任の対象とするか、どのような態様で委任を履行するか、委任事務の処理に対して報酬を支払うか否か等は、契約によって自由に定めることができるのが原則である⁹⁷。

もっとも、民法は、将来保護委任の内容を全面的に契約自由の原則に委ねているわ

⁹³ ただし、デクレはいまだ定められていない。

⁹⁴ PETERKA, CARON-DÉGLISE et ARBELLOT, *supra* note 20, n° 411.61.

⁹⁵ Réponse ministérielle, JOAN, 18 février 2014, p. 1625.

⁹⁶ 他人のためにする将来保護委任においても、基本的には以上と同様の仕組みに従って保護措置が開始される。ただし、この場合には、本人自らが意思表示をすることができない常況にあることに加えて（民訴1258-1条2項3号）、委任者が死亡し、または本人の世話をすることができなくなったときに将来保護委任が発効するものとされる（477条3項）。

⁹⁷ 格別の定めがないときは、委任契約の原則に従い、受任者は報酬請求権を有しない（478条・1986条）。

けではない。一方では、将来保護委任の性格に即して契約内容に限界が設けられているほか、委任の履行状況をチェックするための仕組みが設けられている。また、他方では、既存の将来保護委任だけでは十分に本人の利益を保護することができないと認められるときは、後見裁判官の関与のもとで委任事項の範囲を拡張することができる（485条2項）。

10-4-3. 委任契約の履行

将来保護委任の履行につき、民法は、原則として受任者に自己執行義務を認めるが、特定の財産管理事務に限っては他人を使用することが認められている（482条1項）。当該他人の行為については、復受任者の取扱いに準じて、受任者が自ら責任を負う（同条2項・1994条）。

10-4-4. 身上監護

将来保護委任は、身上監護を委任事項とすることもできる。しかし、委任事務の内容は、457-1条から459-2条までに規定される一般原則に反するものであってはならない（479条1項）。これに反する委任契約の定めは、書かれなかったものとみなされる（479条1項）。

また、委任契約においては、公衆衛生法典、社会福祉家族法典上、代理権を有する後見人または「信任する者」に対して与えられる任務を受任者が行使する旨を定めることもできる（479条2項）。以上の点については、委任契約において、委任の履行をコントロールするための態様が定められなければならない（同条3項）。

10-4-5. 財産管理

受任者の財産管理権限は、委任契約が公署証書と私署証書のいずれによって締結されたかに応じて区別される。

公署証書による委任においては、受任者の権限は、成年後見人がすることができるあらゆる財産上の行為に及ぶ⁹⁸（490条1項）。これに対して、将来保護委任が私署証書によって締結される場合には、受任者の権限の範囲は、成年後見人が許可を得ずにすることができる行為に限定される（493条1項）。具体的には、保存行為と管理行為をすることができるのに反して、処分行為をすることはできない。ただし、後見裁判官の許可を得て成年後見人がすることができる行為、または委任契約に定められていない行為をするために、受任者は、後見裁判官に対して許可の申立てをすることができる（493条2項）。

⁹⁸ ただし、公署証書によって将来保護委任が締結された場合であっても、無償での処分行為をするためには、受任者は後見裁判官の許可を得なければならない（490条2項）。

10-5. 監督

将来保護委任においては、監督人を選任するための仕組みはない。ただし、利害関係を有するあらゆる者が、後見裁判官に対し、委任の執行について異議を述べ、または履行の態様について裁定するよう求めることができる（484条）。具体的にだれがこの申立てを行うことができるかは、規定の文言からは必ずしも明らかではないが、430条所定の申立権者に準じて考察することになる。

11. 補遺—成年後見制度の利用が進んでいる要因

以上にみてきたとおり、フランス法においては、法定後見の利用は活発であるといえてよい。しかし、そのような状況は、現行法のもとで生じたものでもなければ、現行法が望んだものでもない。むしろ、2007年以降の改正は、一貫して、旧法（1968年改正）のもとで増大した法定後見の利用件数を抑制することを目的としてきた。したがって、フランスにおいて法定後見の利用が活発である要因は、旧法の状況に即して検討される必要がある⁹⁹。

旧法は、旧来の「禁治産」に代えて「成年後見」という法制度を創設するとともに、精神病者を施設に収容する際に適用される行政的措置である「仮の管理（*administration provisoire*）」を民法に統合することを一つの目的とするものであった。1968年改正以前には、「禁治産」を不名誉なものとみる風潮があり、禁治産宣告の申立てをすることが忌避されたため、これに代えて「仮の管理」が多用されていた。その結果、同改正によって「仮の管理」が民法典上の成年後見制度に統合されると、1970年には8955件であった後見・保佐開始の審判件数が、わずか三年後の1973年には2万1316件にまで激増することとなった。その後も、1981年に3万915件、1989年に4万154件、1997年に5万3729件と増加の一途を辿っていった¹⁰⁰。

以上のような後見開始の審判の件数増大に寄与した制度的要因としては、さらに、1968年改正によって導入された職権開始手続を無視することができない。すなわち、1968年法のもとでは、第三者からの「意見」に基づいて後見裁判官が職権で審判を開始することが認められていた（旧493条2項）。そのため、本人が施設に入居するのに伴い、施設からの通報を端緒として、後見裁判官が職権によって成年後見制度の適用を開始することが頻繁に行われてきた¹⁰¹。実際にも、1997年には、職権開始が全体の64.4%を占めたといわれ¹⁰²、局所的には、80%以上がこの手続によって立件される

⁹⁹ 以下に述べるところの詳細については、「法定後見申立権者の範囲に関するフランス法の規律—成年後見制度の「担い手」論への布石として」早稲田法学 89巻3号（2014年）177頁を参照。

¹⁰⁰ Fr. ARBELLOT, *Droit des tutelles*, 2^e éd., 2007, Dalloz, n° 05.06, p. 31 tableau 05.06.1.

¹⁰¹ M. BAUER, Th. FOSSIER et L. PÉCAUT-RIVOLIER, *La réforme des tutelles, ombres et lumières*, Dalloz, 2006, nos 21.21 et s., pp. 85 et s.

¹⁰² J. FAVARD, *Groupe de travail interministériel sur le dispositif de protection des majeurs : rapport définitif remis au ministre de l'emploi et de la solidarité, au ministre de la justice et au ministre de l'économie des finances et de l'industrie*, mai 2000

裁判所もあったと指摘されている¹⁰³。

2007年の成年後見法改正は、以上のような職権開始手続の存在が成年後見の濫用的な申立ての温床となっているという認識をもとに、「補充性を真に実現する」ために職権開始手続を廃止した。しかし、前述のとおり、法定後見の利用件数が増加傾向にあることに変わりはなく、そのために裁判所・専門職後見人の負担が増大し続けている。このことが、「代替的手段」の拡充を企図する近時の立法の引き金となっているとみられる。

【注記】 本報告書において参照されるウェブページは、いずれも2017年12月31日時点において閲覧可能であったものである。

以 上

(<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/004001167/index.shtml>), p. 19.
¹⁰³ BAUER, FOSSIER et PÉCAUT-RIVOLIER, *supra* note 20, n° 21.22, p. 86.

**CERTIFICAT MEDICAL CIRCONSTANCIE
A REMETTRE AU REQUERANT SOUS PLI CACHETE**

厳封の上、申請者に対して交付される詳細な診断書

ALTERATION DES FACULTES MENTALES

精神的な能力の低下

- NON 無
 OUI 有

- Par une maladie : 病気により
 une infirmité : 身体障害により
 un affaiblissement dû à l'âge : 加齢に伴う衰えにより

Description sommaire, évoquant notamment l'aptitude au calcul, à l'écriture de la personne intéressée, ainsi que l'état de sa mémoire :

所見の要旨。特に、本人の計算および筆記能力と記憶の状況につき、次のとおりに述べる。

Ces altérations mentales sont :

以上に述べた精神的能力の低下は、

- temporaires 一時的なものである
 définitives 恒常的なものである

Quelle est l'évolution prévisible de ces altérations ? Sont-elles en évolution ?

以上に述べた能力低下の予後は、どのように予想されるか。進行中であるか。

- NON état stationnaire 進行していない。安定した状態である。
 OUI 進行中である。
 en voie d'amélioration 改善に向かっている。 lente 進行は遅い
 en voie d'aggravation さらに重くなっている。 modérée 進行は標準的である。
 rapide 進行が速い。

Ces altérations mentales mettent-elles la personne examinée dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts

以上に述べた精神的能力の低下によって、受診者は、自らの利益に備えることができなくなるか

- NON できなくなる
 OUI できなくなる

Explications sommaires :

所見の要旨

ALTERATION DES FACULTES CORPORELLES

身体的な能力の低下

 NON 無 OUI 有Par une maladie : 病気により une infirmité : 身体障害により un affaiblissement dû à l'âge : 加齢による衰えにより

Description sommaire, évoquant notamment l'aptitude au calcul, à l'écriture de la personne intéressée, ainsi que l'état de sa mémoire :

所見の要旨。特に、本人の計算および筆記能力と記憶の状況につき、次のとおりに述べる。

Ces altérations corporelles sont :

以上に述べた身体的能力の低下は、

 temporaires 一時的なものである définitives 恒常的なものである

Quelle est l'évolution prévisible de ces altérations ? Sont-elles en évolution ?

以上に述べた能力低下の予後は、どのように予想されるか。進行中であるか。

 NON état stationnaire 進行していない。安定した状態である。 OUI 進行中である。

en voie d'amélioration
改善に向かっている。

lente
進行は遅い

en voie d'aggravation
さらに重くなっている。

modérée
進行は標準的である。

rapide
進行が速い。

Ces altérations corporelles mettent-elles la personne examinée dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts ?

以上に述べた身体的能力の低下によって、受診者は、独力で自らの利益に備えることができなくなるか。

 NON できなくなる OUI できなくなる

Explications sommaires :

所見の要旨

CONCLUSIONS

結論

La personne examinée

受診者は、

ne doit pas faire l'objet d'une mesure de protection

保護措置の対象とされるべきではない。

doit être représentée **d'une manière continue** dans les actes patrimoniaux et à caractère personnel de la vie civile

財産に関わる行為および市民生活における人格に関わる行為につき、**継続的に**代理される必要がある。

doit être seulement **assistée ou contrôlée** dans les actes patrimoniaux et à caractère personnel de la vie civile

財産に関わる行為および市民生活における人格に関わる行為につき、**補佐またはコントロールを受ける**べきであるにとどまる。

Le contrôle ou le conseil doit-il être

コントロールまたは助言は、

normal

通常のもとのすべきである。

renforcée

強化されたものとのすべきである。

peut voter

投票をすることができる。

ne peut pas voter

投票をすることができない。

La personne chargée de la mesure peut-elle être un membre de la famille

保護措置を引き受ける者は、家族であってもよい。

OUI

家族を選任することができる。

son conjoint, ou le partenaire avec lequel il a été conclu un pacte civil de solidarité ou son concubin

本人の配偶者、本人が締結したパクスのパートナー、内縁のパートナー

une personne entretenant avec le majeur des liens étroits et stables :

本人と緊密かつ持続的な関係を保持する者

M, Mme, Mlle

氏名 () 氏)

* seulement : M, Mme, Mlle

氏名 () 氏)に限る

* NON

家族を選任することはできない。

***motivations**

理由

L'audition de la personne examinée par le juge des tutelles est-elle de nature à porter atteinte à sa santé ?

後見裁判官が本人と面接することは、本人の健康を害するか。

OUI

害する。

NON

害しない。

Cette audition est-elle :

本人との面接は、

nécessaire 必要である。

souhaitable 望ましい。

inopportune 不適切である。

inutile 無益である。

Le majeur est-il hors d'état d'exprimer sa volonté ?

本人は、意思表示をすることができない状態にあるか？

Nom du médecin traitant :

主治医の氏名

Et le cas échéant, son avis :

必要があれば、主治医の所見

OBSERVATIONS UTILES

その他、有益な所見

Fait à Le,

作成地

作成日

第2章 ドイツ

静岡大学人文社会科学部 准教授

藤巻 梓

はじめに

ドイツ世話法および連邦障害者参加・自己決定強化法に関する調査として、下記の回答者を対象に現地調査を実施した。

回答者：Peter Winterstein 氏（元後見裁判所判事、元メクレンブルク・フォアポメルン州司法省副長官）、Anette Schnellenbach 氏（連邦司法省担当者、本文では「連邦司法省」と記載）、Dagmar Brosey 氏（ケルン工科大学教授）、Volker Lipp 氏（ゲッティンゲン大学教授）

※Winterstein 氏、Schnellenbach 氏、Brosey 氏にはドイツにてインタビューを行い、Lipp 氏には、日本で追加調査としてインタビューを行った。

1. 法定後見について

1-1. 最近、世話法の領域において法改正はあったか

Winterstein/連邦司法省：

世話法の領域における直近の改正は、強制治療（Zwangsbearbeitung）に関する規律を補充する法律によるものである。同法は2017年7月22日に施行されたものであり、BGB1901a条、1906条の新たな規定および1906a条の新設【医師による強制措置（Zwangsmassnahmen）における世話裁判所の許可】を内容とし、強制治療等に関して定める。

1-2. 国連の障害者権利条約の批准後において、(1-1.)のほか、法律の新たな制定又は改正があったか

Winterstein：

国連の障害者権利条約（UN-BRK）は、2009年3月に、留保条項なく批准された。UN-BRKとは直接の関係なく、2009年9月1日に、家事非訟事件手続法における手続法および第三次世話法改正法による患者処分（Patientenfugung）が規律された。

さらに、2011年の（未成年）後見及び世話に関する法律の改正法は、主として未成年後見に関するものであるが、解任事由としての「コンタクトの欠落」とともに、コンタクトに関する報告義務が導入された。詳細な報告義務は、2005年にいったん廃止されていた。

医師の強制措置に対する世話法上の同意の規律に関する法律：2013年に、BGB1906条に新たな項が設けられた。

そのほか、世話官庁の機能の強化に関する法律が、2014年7月1日に施行された。

1-3. 高齢者の介護の分野において、高齢者の保護のために世話法以外に何らかの配慮がなされているか。特に消費者保護の観点からはどうか

Winterstein :

高齢者の介護の範囲においては、介護保険法、介護又は世話付住宅に関する契約の規制に関する法律 (WBVG) および州のホーム法 (ホームの監督・ホームに対する要求等を規律するもの) が重要である。

2. 法的世話制度の機能

2-1. 官庁又は複数の人物が後見人に選任されることはあるか。あるとすれば、これらの者は、世話人としての職務を問題なく遂行しているか。また、どのような場合に、官庁による世話人の職務の引受がなされるか

Winterstein :

BGB1900 条 4 項によれば、世話官庁を世話人として選任することは、優先的な個人世話人 (複数でもよい)、名誉職世話人又は職業世話人、世話協会が、制度として十分でない場合、すなわち他のあらゆる可能性が吟味された後においてのみ認められる。

官庁が世話人に選任されることは極めて稀である。官庁を世話人に選任するとすれば、官庁は、十分な教育を受けた職員を用意しなければならない。官庁については、きわめて厳しい状況についてのみ、世話人として選任することが予定されている。例えば、暴力行使の傾向が強い、精神的疾患を抱えた者の世話人として選任される場合である。

連邦司法省 :

世話人の選任が必要な場合に、被世話人の利益のために事務を処理し、必要な範囲で被世話人の世話を行うことに適した人物を選ぶことは世話裁判所の職務である (BGB1897 条 1 項)。世話人の選任は、何が被世話人の福祉に最も適格的かという観点のみにより決定され、名誉職世話人が職業世話人よりも優先される (BGB1897 条 6 項 1 文)。職業世話人は、適切な名誉職世話人がいない場合にのみ選任される。選択は、第一に本人の提案に沿ってなされるが、それが本人の福祉に反する場合はこの限りでない (BGB1897 条 4 項 1 文)。本人の提案がない場合は、本人の親族上の又はその他の人的な関係が考慮される。ただし、親族関係の優先は、利益相反の危険がある場合には、本人の福祉のために、後退する。

複数の世話人の選任により、被世話人の事務がより良く処理されうる場合には、世話裁判所は複数の世話人を選任することができる (BGB1899 条 1 項 1 文)。この場合に、どの世話人がどの事項について担当するかが定められる。

成人が一人又は複数の後見人により十分な世話を受けられない場合は、世話裁判所は、承認を受けた世話協会を世話人に選任し、世話協会が十分な世話を実施できないときは、官公署 (Behörde) を世話人に選任する (BGB1900 条)。この場合の官公署は、世話官庁 (Betreuungsbehörde) である。

2-2. 資産の少ない人が世話制度を利用する場合に、利用料について配慮されているか。利用料の補助がある場合には、何を基準に補助が決められているか

Winterstein :

BGB1908 i 条、1836 条により、世話は原則として無報酬つまり名誉職として遂行される。名誉職世話人は、その出費／支出 (BGB1835 条) の償還請求権を有する。また、名誉職世話人は、これに代えて、出費の償還を概算払いで請求することができる (BGB1835 a 条)。なお、現在、概算払いは年間 399 ユーロまでとされている。

職業世話人 (協会の職員又は選任された弁護士などの自由職世話人) は、VBVG (Vormünder und Betreuervergütungsgesetz、後見人及び世話人の報酬に関する法律) に基づく報酬請求権を有する (BGB1836 条 1 項 2 文)。世話以外の職業上の業務、例えば訴訟追行における弁護士の活動については、それぞれ該当する費用に関する規律に基づく請求権が発生する (BGB1835 条 3 項)。

請求権は、本人に対して行使される。本人に資力がない場合には、請求権は国庫に対して向けられる (BGB1835 条 4 項)。本人に資力がない場合については、BGB1836 c 条および 1836 d 条に規定され、本人の無資力は、社会法典 12 編 (社会扶助) により確定される。現在のところ、5000 ユーロまでの財産と、自己使用の一世帯用家屋までは保護される。

裁判所の支出、例えば手続補助人 (Verfahrenspfleger) のための支出は、同様に、上記の基準に従い徴収される。裁判所費用は、GNotKG (裁判所費用及び公証人費用に関する法律) に従い徴収される。ただし、本人が 25.000 ユーロ (調査者注: 連邦司法省の回答による) を超える財産を有する場合に限られる。また、この場合においても、自己使用の一世帯用家屋は保護される。

連邦司法省の回答によれば、本人及び親族が居住する、相応の (調査者注: 贅沢でない) 建物敷地 (Hausgrundstück) で、本人の死後も親族が居住を予定しているものについては、計算に含まれない。

2-3. 十分な資産を有する高齢者の世話 (人) 費用は、どのように考えられているか。世話制度の利用ではなく、配慮代理権の活用を推進しているという理解でよいか

上述の回答を参照。その他、ドイツにおける高齢者介護は、それが事実上のもので、法的な世話を含まない場合には、世話法の問題ではなく、社会法典において規律される。

2-4. 通常の世界のみならず、親族等による事実上の世話も受容されているか。また、その場合に、親族には違法との認識があるか

Winterstein/Brosej :

ドイツにおいて、親族による事実上の後見は実務においても行われている。それが「違法」であるとの認識は無い (調査者注: ドイツ側からは、むしろ「なぜ違法なのか?」との疑問が提示された)。つまり、ドイツにおいて、親族が事実上の後見を行っている場合に、予め事前配慮代理権 (Vorsorgevollmacht) が授与されているものと考えられているようである。明示による代理権の授与が無い場合でも、黙示による代理権の授与が認められる方向である。

連邦司法省：

ドイツにおける「世話」は、法的世話という意味のみにおいて理解され、常に他の援助（Hilfe）よりも後順位に位置づけられる。特に親族は、配慮代理権者として、また事実上の配慮における援助者として、世話における名誉職世話人と同様の重要な意義を有する。これは、法が明確に意図しているものであり、決して違法ではない。

2-5. 世話人の報酬について、世話人報酬法には問題はないか。法改正があったと聞いているが、その基本理念（名誉職世話人と職業世話人の区別等）については、法制定以来、変化はないか。報酬の概算払いの方法は、定着したと考えてよいか

連邦司法省：

良い法的世話は、被世話人の福祉及び社会生活への参加の前提である。この目的の達成のために、職業世話人の労務（Arbeit）は重大な寄与をなす。連邦議会は、2005年に、世話人報酬の時間給を引き上げた。現在の報酬システムは、概算払いによる時間給をもって、時間の費消及び期間中の頻度分布を調査することに基礎づけられている。ここから平均値が導き出され、それが結果的に—さらなる調査の後—法律の規定の基礎にされたのである。新たな報酬規定は、職業世話人の現実の収入増にもつながった。

職業世話人の収入の展開（Entwicklung）は、他の法律の規定の影響も受けるが、注意深く観察されている。個々の観点を総合的にみて、世話人の報酬における誤った方向への展開の根拠が生じれば必要な修正がなされる。連邦司法省は、2015年の末に、2件の法的事実に関する調査計画を委託した。両調査計画の終了及び連邦司法省の最終報告の受領は2017年10月末の予定である。「法的世話における質」についての調査計画により、どのような質の基準が実務において維持されているか、あるいは、特に職業世話及び名誉職世話において構造上の（個々の事例に左右されない）質の欠陥があるのか、あるとしたらどのようなものか、またその原因は何か、といった点に関する経験上の知識が得られるものと思われる。この脈絡において、世話人の適性（Geeignetheit）の問題が中心的な意味を有する。さらに、2005年7月に、第二次世話法改正法により導入された概算払い報酬制度が世話の質に与える効果も、調査に含まれている。

3. 世話裁判所について

3-1. 世話裁判所の役割、任務はどのようなものか。広義の成年後見に関する福祉行政との任務の分担はどのようにになっているか

連邦司法省：

世話裁判所は、世話人の選任及び選抜、世話人の職務範囲、並びに法定の世話裁判所の許可が必要な場合を含む、世話の実施の監督を行う。

【以下、「福祉行政」ではなく「福祉団体」の意味で回答されている】

しばしば、福祉団体が世話協会としての役割を負い、世話協会として、名誉職世話人の訓練（Schulung）や獲得、並びに配慮代理権の可能性に関する助言を行う。とりわけ、世話協会は、世話を回避するため

の「他の援助」として、また、本人の事実上の扶養（Versorgung）における補助として関与している。

3-2. 世話人が選任された場合でも、本人の行為能力は制限されないという原則は、うまく機能しているか。この原則により、世話人が職務を遂行する際に、困難等が生じることはないのか

連邦司法省：

世話人の選任は、本人の行為能力に影響を与えない。さらに、本人は、すべての手続段階において、手続能力を有する（verfahrensfähig、FamFG275 条）。ただし、同意権の留保がされている場合には、本人の法律行為上の（意思）表示は、それが本人の利益にのみはたらく場合を除き、世話人の同意を必要とする（BGB1903 条 2 項）。

Lipp：

むしろ、ドイツでも細かな問題は発生している。しかし、これまで実務において、世話人が選任されても本人の行為能力は制限されないことに伴う大きな問題は指摘されていない。世話人からも、また被世話人の契約の相手方からも、不満は出ていない。個々の事例において、各自で処理をしている。オーストリアでも、最近、ドイツ法と類似の制度への法改正がなされている。ドイツでは、実務上問題も生じているであろうが、世話人がその都度処理をしており、このような行為能力の剥奪は必要とされていない。世話人の選任に伴い、本人の能力を考慮せずになされる行為能力の剥奪は、法的にも許されない。

3-3. 裁判所の手続利用の前に、世話制度の利用の要否を検討するような、何らかの前置き手続があるか（オーストリアのクリアリング等）

連邦司法省：

世話人の選任のための要件が充足されているか否かの判断は、世話裁判所のみが行う。世話裁判所は、決定に必要不可欠な事実を調査し、法律の規定に従い、本人の意思と福祉を考慮して判断を下す。その場合に、以下の手続法上の規定により、包括的な事実解明が保障されている。

- ①本人及びその関係者（本人の身近にいる者、世話官庁を含む）の意見聴取（FamFG278・279 条）
- ②本人のための手続補助人（Verfahrenspfleger）の選任（FamFG276 条）
- ③医師の鑑定意見の取得（FamFG280 条）

Lipp：

オーストリアでは、ドイツの世話官庁（Betreuungsbehörde）に相当する機関がないため、代弁人協会（Sachverwalterverein）がクリアリングを行っている。オーストリアの代弁人協会は、ドイツの世話官庁が掌握する職務の殆ど、もしくは大部分を担っている。

ドイツでは、本人がどのような援助を受けることが可能であり、また、この援助により、世話人の選任なくして必要な事務が処理されるかが、世話官庁によって確認されることが理想的である。このような職務は、ドイツでは本来、世話官庁が担当すべきものである。しかし、財政的な問題、あるいは職員の質の問題もあり、ドイツではオーストリアのクリアリングに相当する事前手続きは行われていない。

もっとも、ドイツとオーストリアでは次のような相違もある。つまり、オーストリアのクリアリングは、クリアリング期間中（6 か月）に暫定的な代弁人を選任し、その後、可及的速やかに代弁人を解任することが予定されている。クリアリング制度の趣旨は、代弁人の選任をできる限り抑えることにある。しかし、ドイツの実務においては、一般的に、世話人の選任が検討される場合に、一時的な選任ではなく、以後も継続的に世話人の存在が必要とされる場合が多い。したがって、ドイツにおけるクリアリング制度に相当する制度の必要性はなお吟味されなければならない。連邦司法省における世話の補充性原則に関する検討会で、ドイツにおいてもクリアリング制度に類似する制度の導入が議論されたことがあるが、結局、現行法の下でも、世話協会等が同様の機能を果たすことが可能であり、新たな制度の導入は不要であるとの結論に至っている。

4. 世話人の権限

4-1. 世話人には、身上監護に関する権限がどの範囲において認められているか、具体的にお聞きしたい

連邦司法省：

世話人は、世話が必要な範囲においてのみ選任される（BGB1896 条 2 項 1 文）。被世話人が自身で処理できる範囲は、これを世話人に委ねることは許されない。何を本人が自身で処理することができ、また、何について本人が法的な世話を必要としているかは、裁判上の手続きにおいて、医師の鑑定意見を参照して確定される。そして、これに基づいて、世話人の職務範囲が確定される。

世話人の職務範囲は明確に限界づけられなければならない。それにより、特に財産上の配慮の範囲における困難を回避することができる。これに関する決断は、世話裁判所が行う。

4-2. 世話人に医療代諾権が認められているか。また、親族には認められているか

連邦司法省：

世話人は BGB1901 条 2 項に基づき、被世話人の事務について、被世話人の福祉に適うように処理をする。被世話人の福祉には、被世話人が、その能力の範囲において、その人生を自身の希望や想像（Vorstellung）に基づいて形成する可能性も含まれる。世話人は、BGB1901 条 3 項 1 文に従い、被世話人の希望がその福祉に適い、世話人にとって可能である限りにおいて、その希望に応じなければならない。重要な事項については、世話人は、前もって被世話人と相談しておかなければならない。ただし、それが被世話人の福祉に反する場合はこの限りでない（BGB1901 条 3 項 3 文）。相談義務は、BGB1897 条 1 項に基づく個人世話上の義務の一つである。

被世話人の希望の優先は、BGB1901 条 3 項 1 文により、被世話人の福祉による制限を受ける。しかし、被世話人の希望がその客観的利益と矛盾する場合において、被世話人の希望は、BGB1901 条 3 項 1 文の意味においてその福祉に反するわけではない。むしろ、被世話人の希望は、その実現が被世話人のより優先順位の高い法益を危険にさらすか、または被世話人の全体の生活状態・配慮状態（Vorsorgungssituation）を著しく悪化させる場合を除き、原則として顧慮されなければならない（BGH, Urt.vom 22.Juli 2009-BGHZ 182, 116-40）。むろん、被世話人の希望の優先は、その自己決定の発露で

あって、その疾患の現象ではないものについてのみ該当する。しかし、このことは、被世話人に疾患がなければ有しなかったであろう希望や、非理性的と評価されるべき希望の全てが顧慮されなくてよいことを意味するわけではない。そうではなく、被世話人の希望が顧慮されないのは、被世話人がその疾患の結果として、自身の希望や想像を形成し、また、人生設計の基礎付けと方向付けをする状況にないか、もしくは被世話人が、その疾患により、意思形成の基礎とされた事実の判断を誤っている場合に限られる。

さらに、BGB1904条1項・5項により、被世話人の健康状態の診察、治療行為または医的侵襲に対する世話人または代理人による同意は、それらの措置が被世話人または本人（代理権授与者）の死亡もしくは重篤かつ長期間にわたる健康被害という結果を生じさせる合理的な危険性を有する場合は、世話裁判所の許可を必要とする。措置の延期により危険が生じる場合にのみ、裁判所の許可なく、当該措置を実施することができる。

BGB1904条2項・5項により、被世話人の健康状態の診察、治療行為または医的侵襲に対する世話人または代理人による不同意・同意の撤回は、それらの措置が医療上適切で、当該措置の不実施または中断により、被世話人または本人の死亡もしくは重篤かつ長期間にわたる健康被害という結果を生じさせる合理的な危険性を有する場合は、世話裁判所の許可を必要とする。

BGB1904条4項により、世話人と担当医師との間で、同意、不同意、同意の撤回がBGB1901a条に基づいて確定された本人の意思に適合することの合意が存在する場合には、裁判所の許可は不要である。

4-3. 医療行為に対する世話人の同意権は、本人の意思表示の代理と構成されるか、それとも世話人固有の同意権と解されるか

Winterstein, Brosey :

同意権は、本人の意思表示の代理と解するべきである。世話人固有の同意権との解釈は妥当でない。特に、国連の障害者人権条約の批准後においては、本人の意思表示が重視される。

連邦司法省：医療措置には患者の同意が必要である。これは行為能力の問題ではなく、具体的に予定されている医療措置の意味に関する、自然的な判断能力（**natürliche Einsichtsfähigkeit**）としての同意能力の問題である。決定権限が被世話人にあるのであれば、被世話人は単独で当該措置の実施または放棄を決断する。これについて、被世話人は、世話人の同意も裁判所の許可も必要としない。もし被世話人の判断能力が欠けていて、必要な患者の指示（**Patientenverfügung**）が得られない場合は、世話人が法定代理人として、その職務範囲において、同意を与え、又は拒絶する。この場合においても、被世話人の希望が尊重されなければならない。

4-4. 世話人の医療代諾権行使にあたり、裁判所の関与（許可等）は必要か。その際、どのような基準が設けられているか。裁判所の介入を要するとした場合、裁判所の負担（オーバーワーク）の面では問題はないか

連邦司法省：

上述のように、一定の場合に、世話人による意思表示には世話裁判所の許可が必要である。許可の手続については FamFG298 条が規定している。それによれば、BGB1904 条の場合については以下のようになる。

① 世話裁判所は、世話人または代理人の同意、不同意または同意の撤回について、事前に本人に聴取を行った上で、許可することができる。裁判所は、他の関係者からも聴取を行う。本人の請求により、裁判所は、本人の身近にいる者からも聴取を行う。ただし、それが著しい遅滞をもたらすことなくして可能である場合に限る。

② 手続の対象が BGB1904 条 2 項の許可である場合には、手続補助人（Verfahrenspfleger）の選任は常に必要である。

③ 許可に先立って、専門家による鑑定意見を取得しなければならない。専門家は、担当医師ではない者でなければならない。

Winterstein：

世話人による意思表示について裁判所の介入を要するため、裁判所の負担という問題は当然ある。

4-5. 上記 4-4. について、特に、生命・身体の危険が伴う、緊急を要するような医療行為の場合どうか

連邦司法省：

BGB1846 条との結合における 1908i 条 1 項 1 文により、世話人が（未だ）選任されていないか、もしくはその義務の履行を阻まれている場合には、世話裁判所は必要な措置をとることができる。

4-6. 本人（被世話人）の医療行為に対する「同意能力」について、その有無はどのように判断されるのか。また、同意能力は、民法上の他の能力（意思能力、行為能力）との関係でどのように捉えられるべきか

Winterstein：

同意能力と行為能力は無関係である。一般的に、同意能力は、行為能力よりも低い認識能力（Einsichtsfähigkeit）で足り、行為能力が認められる場合には、同意能力が認められるのが通常である。ただ、同意能力といっても、一般的・抽象的に導かれるものではなく、問題となっている措置の程度によって要求される能力も異なるから、同意能力の有無は、本人およびその状況に応じた個別的判断となる。

連邦司法省：

同意能力は BGB に規定されていない。しかし、いくつかの規定が同意能力／同意無能力に結び付けられており、すなわち BGB1901a 条（患者事前同意）および BGB1631d 条（子についての親の同意権限）である。さらに、患者の権利に関する法律により、将来的に、患者に同意能力がない場合には、処置者が、医療措置に先立ち患者の法定代理人の同意を得なければならないことが確定された（BGB630d 条）。

同意能力については、判例及び学説における通説的見解によれば、行為能力と区別される。同意能力について決定的であるのは、自然的な意思能力（*natürliche Willensfähigkeit*）である。同意能力を具えているとされるのは、具体的な状況において、自然的な認識能力、判断能力（*Urteilsfähigkeit*）を有し、問題となっている法益侵害の種類、意味、範囲（射程）及びリスクを理解し、それに基づいて自身の意思を通知できる者である。行為能力や責任能力とは異なり、BGB は、同意能力について厳密な年齢の区別をしていない。ただ、個々の特別法の領域において年齢の限度が確定されている（臓器移植法）。

法益の保有者が同意無能力であるとき、同意について権限を有する者が、法定代理人または任意代理人として権限を有する。同意能力を具えていない成年者については、世話人または相当の代理権に基づき任意代理人がこれに相当する（BGB1896 条）。

4-7. 医療措置に対するリビングウィルに関する制度はあるか。同制度は機能しているか。その際、裁判所や医師の関与はあるか

連邦司法省：

BGB1901 a 条 1 項が患者の処分（リビングウィル）を定める。

患者処分は、それにより、同意能力を喪失した場合のために、あらかじめ、医師の治療または介護者の付添い（*pflegerische Begleitung*）の種類および方法について定めておく制度である。患者処分の宛名は、患者処分に関する法律の理由書によれば、「治療および世話に関与する各者」であり、「その責任に対応して、行うべき審査（*Prüfung*）に結び付けられた者」である。つまり、ある患者処分に基づいて、ある特定の生活状況や治療状況についての患者の意思が一義的かつ確実に確定することができるときは、第三者（例えば、治療を行う医師又は介護者）もまた、この拘束力を有する患者処分を顧慮しなければならない。患者意思の意識的な無視は、身体侵害として刑事罰の対象となりうる。なぜなら、何人もその意思に反して治療を受けることはできないからである。

患者処分が存在せず、確定〔された内容：*Festlegung*〕が現下の生活状況・治療状況に適合しない場合、もしくは存在する患者処分の解釈に疑問が存在する場合には、原則として代理人（世話人または代理権を授与された者）が決断をしなければならない。法的世話人または代理権被授与者は、BGB1901a 条 2 項第 1 文に基づき、患者の診療希望（*Behandlungswünche*）または推認される意思を確定し、これに基づいて、患者の健康状態の診察、治療または医的侵襲について同意し、もしくはこれを拒否するか決断をしなければならない。法的世話人または代理権被授与者が、本人の推測される意思を、十分な確実性をもって確定することができない場合は、「被世話人の福祉に従い、生命という高い法益（を尊重した）判断が要請され、その際には、本人の生命の保護が優先的に認められる」（BT-Drs.16/8442, S.16）。

4-8. 被世話人の意思が患者処分とみなされるためには、どのような要件が満たされている必要があるか

裁判所が介入するのは、危険な措置の場合である（BGB1904 条）。そのほか、上述（4-7.）を参照。

4-9. 本人の死後の事務処理について、世話人はどのような権限を有するか

Winterstein, Brosey :

世話人は、本人の死亡により終了するから、本人の死後は、世話人には原則として権限がない。従って、本人の死亡直後の身の整理についても、世話人は原則として権限を持たない。例外的に、ある事項が緊急事務管理（Notgeschäft）に当たる場合には、世話人がこれを行うことができる。これに対して、事前配慮代理権は、本人の死後も代理人の権限が継続する（BGB672 条）。

連邦司法省 :

現行法上、世話人の職務は被世話人の死亡により終了する。きわめて例外的な場合（死亡の事実の不知、延期不可能な事務）にのみ、世話人は事務処理権限を有する。BGB1893 条 1 項及び 1698b 条との関連における BGB1908i 条 1 項第 1 文は、相続人の利益のために、世話人が被世話人の相続人に対して、その職務範囲内において、延期不可能な事務（例えば、金銭の受領や物保険金の支払等）を処理する権利を有し義務を負う旨を定める。他方で、十分な時間的余裕がある場合は、遺産裁判所が優先的に介入する。

世話の終了後、世話人は、BGB1908i 条 1 項、1890 条に基づき、被世話人に対し、管理していた財産を引渡し、管理に関する積明（Rechenschaft）をしなければならない。世話人が世話裁判所に対して計算書を提出していた場合には、その計算書の引用で足りる。被世話人の死亡により世話が終了すると、包括承継により、これらの〔世話人の〕義務は、相続人又は共同相続関係（Erbengemeinschaft）に対して履行される。

5. 世話制度について

5-1. 世話制度において、親族はどのような位置付けを得ているか。親族には後見引受義務があるか

連邦司法省 :

この点については、上述した親族の世話人としての選任についても参照のこと。

BGB1898 条により、後見裁判所により選任された者は、その者が世話に適しており、その家族上および職業上、並びに他の関係から、その者に世話の引受を要求（zumut）し得る場合に、世話を行う義務を負う。

5-2. 弁護士、公証人等に後見人の引受義務があるか

連邦司法省 :

これらの者についても、上述（1）と同様の基準が適用される。

5-3. 公的な世話センターのようなものはあるか。あるとすると、世話裁判所との協働はどのようになっているか

連邦司法省：

公的な世話センターはないが、世話官庁および世話協会（*Betreuungsvereine*）が、特に名誉職世話人に対して、助言を与え、訓練を付与し、その職務において補佐する義務を負っている（*BGB1908f*条および*BtBG4*条を参照）。

6. 任意後見制度（*Vorsorgevollmacht*）および世話の指示（*Betreuungsverfügung*）について

6-1. 世話の指示に関する特別な法律はあるか。ない場合に、立法の提言はあるか

連邦司法省：

世話の指示の範囲内において、本人は—世話の開始前に—世話が指示された場合のためのルール（*Regelungen*）を作成することができる。これらのルールは、ある特定の人物を世話人に選任すること、または世話の実施もしくは自身の一般的な生活形成についての提案を内容とすることができる。世話の指示を内容とする文書は、〔文書の所持者が〕世話人の選任に関する手続きが開始されたことを知ったときは、*BGB1901c*条に基づき、文書の所持者により遅滞なく後見裁判所に引き渡されなければならない。世話の指示は、そのほか、連邦公証人連合会（*Bundesnotarkammer*）の事前配慮代理権の中央登録簿（*Zentraler Vorsorgeregister*）に登録することができる。

世話の指示は、事前配慮代理権と異なり、法律行為についての代理権を含まない。世話の指示においては、むしろ〔任意〕代理権が全く授与されないか、もしくは付与されていても、法定代理が必要となった場合における要望が定められることになる。

6-2. 事前配慮代理権は民法上の委任契約か

Brosey：

配慮代理権は民法上の委任契約である。本来は「配慮代理権」ではなく、「事前配慮契約」（*Vorsorgevertrag*）と呼ぶべきである。つまり、契約（*Vertrag*）として、本人と代理人（受任者）との間に契約上の権利義務関係があることを明確にする名称を付すべきである。これにより、受任者が、自身が好き勝手に行動してよいわけではなく、契約に従って行動する義務を負っていることを明確に認識することになる。

6-3. 事前配慮代理権には、身上監護の内容として、医療代諾権も含まれるか。含まれる場合に、受任者の権限の濫用等に対する監督は、どのように機能しているか

連邦司法省：

事前配慮代理権の範囲において、代理権授与者は、代理人に対し、健康配慮（*Gesundheitssorge*）についても代理権を授与することができる。ただし、これは任意であり、個々の決断に委ねられる。

有効に設定された事前配慮代理権は、行為能力を有する代理権授与者によりいつでも撤回することができる。その場合、代理権授与者はすでに交付した代理権の公正証書の返却を求めなければならない。

代理権授与者が、疾病のため、もはや代理権を撤回することができない場合には、管轄を有する世話裁判所が（場合によって第三者の申請により）世話人を選任し、世話人に、代理人を監督し、また、代理人が義務違反行為により代理権の撤回のきっかけとなる重大な事由を生じさせた場合には、代理権を撤回することを命じることができる。連邦憲法裁判所の判断によれば、いわゆる「監督世話人（Kontrollbetreuer）」の選任は、代理権授与者（本人）の自己決定に対する重大かつ深刻な侵害であるとされ、それゆえ連邦通常裁判所は、それ〔監督世話人の選任〕について厳格な要件を課している。連邦通常裁判所の判例によれば、具体的な、すなわち十分な事実上の根拠により、事前代理権では世話の必要性を十分に満たすことができない根拠づけられた疑念が存在する場合に、〔監督世話人の〕選任が必要とされる。さらに、連邦通常裁判所は、2015年7月28日決定において、「監督世話人」の有する代理権撤回の権限の要件をより厳格にした。すなわち、連邦通常裁判所は、BGB1896条3項の憲法に適合した解釈として、裁判所が、「監督世話人」に対し、当該権限を独自の職務範囲として明確に付与していることが必要であるとの解釈を求めたのである。これについては、事前配慮代理権の維持が将来における本人の福祉を損なうことが、十分な確実性または高い蓋然性をもって予想されることの確認が必要である。世話人が代理権を撤回すると、裁判所は、任意代理人に代えて適切な者を世話人に選任し、その者が、本人の事務を処理する。法は、この場合において、明確に名誉職世話人—すなわち、本人の身近な範囲にいる者—を指示している。

7. 障害者権利条約との関係

7-1. 障害者権利条約の社会法典への影響は、障害者の参加と自己決定法の理由書に記述されている通りでよいか。この領域で残された課題は何か。障害者権利条約をきっかけとして、世話法のさらなる改正が具体的に議論されているか

Winterstein :

障害者権利条約の国内法化については、連邦労働・社会省の担当者が回答するであろう（⇒Nellen氏インタビュー参照。）ただ、この立法の過程について、批判的な見方を付け加えるとするならば、我々がずっと世話法との関係付けを望んできたにもかかわらず、それが結局実現しなかった点である。残念ながら、社会法典の立法と、世話法の立法は調和していない。民事法の観点からみれば、同法がなお解決すべき課題を含んでいることは明白である。

Lipp :

障害者権利条約をきっかけとする世話法の改正は、立法府ではまだ具体的に議論されていない。

なお、連邦障害者参加・自己決定強化法と世話法の調和の問題については、次のような背景事情がある。連邦障害者参加・自己決定強化法の立法過程においては、一方において、連邦司法省の側からは、世話人が選任されている障害者について十分に顧慮することの要請があったが、連邦社会労働省からは、同法と世話とは基本的に別個のものであるとして、両者を関連付けない方針が示され、結局、この方針が覆ることはなかった。

しかし、実際には、連邦障害者参加・自己決定強化法と世話とは、さまざまなレベルにおいて多くの

接点を有する。第一段階として、もし障害者に世話人が選任されている場合に、障害者が連邦障害者参加・自己決定強化法に基づく給付を必要としていれば、世話人が法定代理人として、本人のために必要な行為を行うことは当然である。このように解釈することについて、法律の特別な規定は不要である。また、例えば、連邦障害者参加・自己決定強化法に基づく給付について、担当者が、世話人による代理を認めず、本人との対話を要求することも認められない。第二段階として、世話人が、連邦障害者参加・自己決定強化法に基づく給付について十分な情報提供を受けることの必要性が指摘される。十分な情報提供により、例えば、世話官庁が障害者の社会参加のプロセスに参加することも可能になる。第三の段階は、より根本的なものである。そもそも、連邦障害者参加・自己決定強化法は、思慮分別のある人（*mündige Menschen*）を対象として構想された法である。そこでは、これらの人が、自ら、担当官署に出向き、複雑な書面に記入をし、給付を申請することが想定されている。しかし、同法の対象となる人が常にこのようなことが可能であるわけではない。自ら出向くことができない人は、代理人（世話人）の存在が必要となる。こうして、架橋としての世話人の存在を必要とする制度であることが、連邦障害者参加・自己決定強化法の問題として指摘される。この問題は、残念ながら、同法の立法過程においてほとんど議論されなかったのである。

7-2. 社会法典は、当初予定された内容・編別・構成（1編～12編）において、ほぼ完成したと考えてよいか

Nellen :

そのように考えてよい。

Winterstein :

12編においてすでに主要な規定が置かれたが、立法は終了していない。特に、障害者権利条約との関係において、なお必要な立法措置がある。

Brosey :

成年者への給付については、さまざまな法律においてバラバラに規定されており、第13編を新設し、成年者の援助（*Hilfe für Erwachsene*）に関連する諸法が一括して編成されることが望ましい。ただ、第13編の新設に向けた具体的な議論があるわけではない。

7-3. 障害者権利条約との関連での課題は、世話法の領域にもあるのではないかと。すでに何回かの民法・世話法改正で対応してきたと考えてよいか。権利条約のいう「支援」との関係で生じている法定代理権をめぐる問題も、世話法においては、解決済と考えてよいか

Winterstein :

ドイツで世話法が施行されたのは1992年1月1日であり、それまでは、民法において、他の規定と同様、時代の変化に応じた柔軟な対応が可能であるように、障害者の問題は可能な限り抽象的に規定されてきた。ドイツの法システムにおいて、最上位に位置するのは憲法であり、二番目に連邦法が来る。

そして、民法とともに障害者権利条約も連邦法のランクに位置づけられる。その結果、BGB の世話法は、障害者権利条約に合致するように理解する必要がある。

国連の委員会からは、BGB の世話法が障害者権利条約に反するとの批判があったが、それは当たらないと考える。新法は旧法に優先するのであるから、障害者権利条約 12 条は、当然に世話法（特に代理の規定）にも組み込まれることになる。すなわち、BGB の条文上は単に「代理する」とあるところ、障害者権利条約との併せて適用すれば、厳格な要件の下で（きわめて高い必要性が認められる場合に）代理が認められることになる。したがって、BGB の世話法の規定が障害者権利条約に「反する」ということにはならない。要するに、「BGB の規定を障害者権利条約に適合的に解釈する」必要があるということである。

BGB の世話法は、内部関係（世話人と本人との関係）について、比較的抽象的に規定している（BGB1901 条）。この規定も、障害者権利条約に整合している。そして、この規定は、障害者権利条約 12 条の意味において、より厳格に解釈されなければならない。しかし、ドイツ世話法が障害者権利条約に反しているという理解は誤りである（リップ教授も同意見である）。現在、BGB の世話法の規定を、より詳細（具体的）な規定に変更する法改正の検討が行われている。私はこのような改正には反対であるが、数年後には改正が実現するであろう。

最近の強制治療に関する規定についても、国連専門委員会から、同規定が障害者権利条約に違反して許されないとの意見が呈された。しかし、ドイツ連邦憲法裁判所は、同法は障害者権利条約に違反しないと判断した。ドイツ連邦憲法裁判所は、ドイツにおいて、同意能力を有しない者でも強制治療を受ける可能性を認めることは憲法の要請するところであり、国家の義務であるとの見解を示したのである。確かに、同意能力を有しない者がどのような意思を有しているかは、十分に検討されなければならない。これは裁判所の責務である。

ドイツにおいて、法律相互間、法律と条約との間の優先関係は微妙である。しかし、いずれにせよ、憲法は国連条約よりも上位に位置し、決定的な拘束力を有するのに対し、国連専門委員会の解釈や見解は、法的な拘束力を持たない。

7-4. 国連の障害者権利条約の批准に際して留保条項はあるか

Wintersten :

留保条項はない。個人的な見解ではあるが、ドイツは、障害者権利条約が実際にどのような効果をもたらすかについて深く考えずに留保なく批准してしまった。その問題は、世話の分野ではないが、教育面での統合（Inklusion）において生じている。例えば、大学教育において、全面的な統合を約束すれば、結果的に大学を全面的にバリアフリー化する必要性が生じるが、現実的ではないなどといった問題がある。

7-5. 障害者権利条約 12 条の「legal capacity」について、独特の条文解釈がなされているか。特に、権利能力・行為能力の関係において、どのように理解されているか

Brosey :

legal capacity とは、「単独で法的行為 (Rechtshandlung) を行う法的能力」を指す。特に、行為能力、訴訟能力、婚姻能力、遺言能力、不法行為能力がこれに含まれる。

7-6. 法定代理制度は、障害者権利条約における本人意思の尊重との関連で、どのように位置づけられているか

Winterstein :

ドイツ法において、法定代理は、外部関係においては権限 (Befugnis)、内部関係において義務 (Verpflichtung) の側面を有する (外部関係について BGB1902 条、内部関係について 1901 条)。内部関係においては、さらに、障害者権利条約による限度 (Grenze) がある。

7-7. いわゆる「障害者の欠格条項」(特定の事項につき障害者が資格を欠くとする条項) について、検討がなされているか

Winterstein/Brosey :

ドイツでは、連邦選挙法 13 条 2 項に基づき、すべての事項について世話人が選任されると、本人は自動的に積極的・消極的な選挙権を喪失する。この選挙権の喪失は、連邦レベルにとどまらず、州議会選挙、地方選挙、欧州の選挙にも妥当する。このような制限は基本法 38 条に違反するものである。従前の「後見」“Vormundschaft“の概念がまだ残っていると見えよう。今のところ、連邦憲法裁判所の違憲判決は出ていないが、明らかに障害者権利条約に反するものであり、近いうちに法改正がなされるものと思われる。

8. その他の質問

8-1. キリスト教会の伝統的な福祉活動 (例えば、カリタスの活動) は、世話法の領域においては、世話協会に完全に移行していると考えてよいか。また、教会に相談に来た信者を世話協会に導くということが行われているか

Winterstein :

ドイツにおいては、カリタス等の福祉団体 (Wohlfahrtsverband) が多数存在し、これらの団体 (Verband) は、それぞれ、世話や介護等の分野において、各社団 (Verein) を組織している。世話協会も、Verband の下で実際の世話活動を行っている。ただ、Verein は Verband から切り離され、影響を受けず、独自に活動を行っている。Verband が Verein の活動を補完するという関係にあるわけではない。Verein の職員も Verband から独立して活動を行っている。

教会に相談に来た信者を世話協会に導くということは、有意義 (sinnvoll) であり、大いにありうることである。ただ、近年、教会の会員 (Mitglied) の数が減少しているなかで、どの程度の件数が存在するかは不明である。

連邦司法省：

BGB1908 条により、権利能力を有する社团は、以下の事項を保証した場合において、世話協会 (Betreuungsverein) として承認されることができる。

① 社团が、十分な数の適格な職員を有し、また職員を監督、育成し、職員が職務範囲において他人に与えた損害について適切な保険を付すこと。

② 社团が、計画に従い名誉職世話人の獲得に努め、名誉職世話人に職務の手ほどきを施し、育成し、ならびに名誉職世話人および代理人に対してその職務遂行につき助言を行い、補助すること。また、計画に従い、事前配慮代理権および世話の指示について情報を提供すること。

③ 職員間の経験の交換を可能にすること。

世話協会としての承認は各州が行う。承認は、各州内に限定して行われうる。承認は撤回可能であり、条件付きの承認も認められる。詳細は州法が規定し、承認についてさらに別の要件を設けることも可能である。承認を受けた世話協会は、個々のケースにおいて、事前配慮代理権の設定に際して助言活動も行うことができる。

8-2. 世話の費用はどのような状況にあるか。各州が基本的に負担するとしても、連邦ほどの程度負担するのか

Wintersten：

世話の費用は、連邦は負担せず、各州が負担する。

8-3. 用語法について

Brosey：

ドイツの成年後見制度は、国連の委員会から一定の批判を受けているが、その原因の一部は用語法による。すなわち、ドイツ法における世話 (Betreuung) を英訳する際に、「guardianship」という単語で説明されるが、「guardianship」はそもそもドイツの Vormundschaft (いわゆる後見制度) —すなわち、行為能力の剥奪を伴う旧制度—に相当する。ドイツは、すでに Vormundschaft を放棄し、行為能力の剥奪を伴わない世話制度を導入したが、未だに guardianship の訳を充てているので、誤解を受けている部分がある。

8-4. 配慮代理権の設定、世話人の選任がなされた場合に、公示の方法があるか

Brosey：

配慮代理権が設定された場合において、登録をすることができるが、義務ではない。登録があれば、本人について、もし世話が開始された場合に、その契約に従い代理人が選任されることになる。また、世話人が選任された場合において、それを登録 (公示) するシステムはない。確かに、当事者は法的には不安定な立場に置かれるが、そもそも世話制度が行為能力の制限を伴わないものであることからすれば、仕方がないものといえる。裁判所の報告義務 (Mitteilungspflicht) について、FamFG308 条、309 条～311 条を参照のこと。

ドイツ連邦労働社会省 Nellen 氏インタビュー

連邦障害者参加・自己決定強化法について

Nellen : まず、本法について簡単に紹介したい。本法はすでに 10 年以上前から準備されており、さまざまな委員会に分かれ、内容に関する検討が行われてきた。2015 年には、当事者の参加手続が取られ、2016 年には立法手続に入り、同年末に成立した。

当初、同法に対しては、以下の点について強い批判があった。すなわち、施設等の複数の入居者が、数人で共同して給付を受ける旨の規定（同法 116 条）に対し、数人で共同して決定しないと活動できないのかという不安の声が生じていた。そこで、立法の過程において、法文に例外を設けることで対応を図り、個人的な領域の範囲内における活動については共同での受給から除外された（同法 104 条 3 項）。

質問と回答

(1) **Eingliederung** という用語の定義をどのように理解すべきか。この言葉は、障害者側から捉えたものか、それとも受け入れ側の社会から捉えた言葉か。

Nellen : **Eingliederung** という語は、英語の **Integration** のドイツ語訳である。本来、ドイツで英語の“**Integration**” という語を用いるときは、労働市場（への **Integration**）を強く指向しているのであるが、障害者政策の場面においては、若干異なる用いられ方をしている。むしろ、意味の上では「参加」“**Teilhabe**”である。“**Eingliederungshilfe**”は、すなわち、障害者を、社会生活に完全に参加することができる状態に置くことを内容としている。

かつて、第二次大戦後、ドイツでは非常に多くの傷痍軍人―腕や足を失ったりした元ドイツ兵―が存在した。その人達に対して（ある意味で）報いるために、社会への復帰が図られるなかで「障害者」の概念が形成された。しかし、このようなドイツの歴史に形作られた障害者の概念は根本的に変化した。今や障害者とは、「何かを（身体的に）失っている」「何かをできない」人ではなく、社会への参加（**Teilhabe**）が必要な人を指す（積極的な定義付けへ）。

(2) 「社会空間」“Sozialraum”とはどのような概念か。また、どのような要素を含むのか。

Nellen : 例えば、都心から離れて、人口密度の低い郊外の村のことを想定してみる。そこに、車椅子に乗った、単独では行動できない障害者が住んでいたとする。その場合に、Gesellschaft, すなわち村は、この障害者が行動可能であるようにしなければならない。例えば、最低1日に1回はバスが運行されれば、人は行動可能になる。このように、個人から離れた空間のことを「社会空間」“Sozialraum”と捉えている。結局、“Sozialraum”とは、個人の領域から離れた、より広範囲における環境の整備を指している。例えば、市街電車で移動する際に、車椅子による乗降が可能であること、あるいは聾者が会議に参加する際に、手話による通訳が付いていることなども、“Sozialraum”の問題である。

(3) Eingliederungshilfe の給付は金銭給付か、現物給付か。

Nellen : 金銭給付と現物給付のいずれも有り得るが、多くの場合に現物給付である。具体的には、障害者のための作業場 (Werkstätten) を用意し、障害者が労働可能な状態を整えることが重要である。また、例えば障害者が補助を必要とする場合に、人的サポートを提供することもEingliederungshilfe としての給付に当たる。

他方で、金銭給付も可能である。ドイツにおいては、障害者が希望する場合に、現物給付に代えて金銭給付を求めることもできる (個人予算“personliches Budget”, 29条)。ただし、精神的な障害を有する者については、金銭給付を認めることは難しい。給付された金銭は、その目的に適った使用がなされなければならない。

(4) 社会法典に連邦障害者参加・自己決定強化法が統合され、世話についても、介護等が社会法典中に規定されている。そのなかで、連邦障害者参加・自己決定強化法と世話法の関係はどのようになっているのか (相互に関連づけられているのか)。

Nellen : 連邦障害者参加・自己決定強化法の条文の多くは、社会法典の規定を変更する内容を有しており、同法は本来的に独自の法律ではなく、社会法典を変更するための法律であるといえる。

連邦障害者参加・自己決定強化法と世話法は基本的に、社会的扶助と民法 (私法) 制度として、別個の制度である。したがって、両者の関連付けはほぼなされていない。ただし、立法の過程においては、精神障害者について世話人が選任されている場合に、世話人がどのようにEingliederungshilfeに関与してくるかが議論されてきた。

連邦障害者参加・自己決定強化法において、唯一、世話制度との接点が設けられているのが、参加計画に関する22条5項である。それによれば、個別事例において、民法典第1896条の世話需要のための根拠が存在する場合には、参加計画手続に責任を負っているリハビリテーション担当者は、給付権利者の同意を得て、管轄の世話官署に、参加計画の作成につき情報提供するものとされる。

(5) 障害者に世話人が選任されている場合に、この世話人は受入れ援助の担当者と協働するのか。また、世話人は総体計画に参加するのか。

Nellen : 世話人の総体計画への参加は、本人の意思に反しない限りにおいて可能である (任意)。世話人は、総体計画に関する会議等に参加することができる。法の目的は、本人の関係者が可能なかぎり密接に関連しながら計画を立てることであり、世話人もこれに含まれる。この点、従来においてはこの協同関係が上手く機能していなかったものであり、連邦司法省においても、密接な協同関係の形成に向けた議論が重ねられてきた。

(6) 実際に誰が「担当者」としての任務を負うのか。官署か、それとも個人か。

Nellen : 連邦障害者参加・自己決定強化法の立法権限は連邦法であるが、実施は各州の権限であり、「担当者」が誰かは州によって異なる。州により、州職員の場合や、市町村等自治体の職員の場合もある。

(7) 「負担額」(Beitrag) の制度とはなにか。一定額を超える収入を得た障害者は、「負担額」を支払う必要があるのか。また、障害者の家族はどの範囲において介護費用を負担するのか。

Nellen : 「負担額」の制度とは、2020年より施行される制度であり、所得税に関するものである。障害者が年間20,000ユーロを超える収入を得た場合には、超過額の2%が所得税として徴収される(135、136条)。障害者に子がいる場合には、収入の下限額は引き上げられる。

また、障害者の家族の費用負担については、例えば、収入が低く、介護費用を支払えない者がいるが、その者に高収入の子がいる場合に、子はどの範囲で親の介護費用について責任を負うかという問題がある。現在、ドイツにおいては、収入の高い子が親の介護費用についても一定の範囲で負担しなければならないとされているが、これについては議論がある。これはドイツの議会選挙における一つの争点となっているが、例えばCDUは、子の収入の限度を引き上げる(年収100,000ユーロを超える収入を得ている場合に限るなど、子の負担義務を減らす)方向を主張している。

なお、介護費用を支払えない者の居住用住宅については、それが相当な(贅沢ではない)住居であれば、費用の未払いがあっても住居を維持することができる。

(8) 社会法典は非常に複雑であり、多数の条文を有するが、(受入れ援助を担当する)各州には十分な専門家がいますか。

Nellen : 社会法典は確かに非常に複雑であり、また、連邦障害者参加・自己決定強化法により一層複

雑になった。指摘されるように、業務に携わる職員は、高度な養成を受け、これらの法制度を理解している必要がある。これは非常に難しい問題であり、我々（労働社会省）もこの問題にまさに取り組んでいるところである。

（9）そのほか、法について何か残された課題があるか。同法は一般的に好意的に受け止められているのか。

Nellen：まず、第一の課題として、上述のように職員の質の向上が問題である。法制度に通じている職員が必要である。次に、費用の問題である。障害者の社会参加は多額の予算を要するので、その確保が問題となる。

連邦障害者参加・自己決定強化法は、積極的・消極的の両面の評価を受けている。先日行われた学会において、ある裁判官から、同法は大変良い内容を含んでいるとの意見を受けた。他方で、当事者である障害者からは、消極的な意見もある。いずれにしても、本格的な評価は、2020年の完全施行後に下される。

以 上

第3章 イギリス

早稲田大学法学部 准教授

橋本有生

1. 制度の概要

1-1. はじめに

イングランド及びウェールズ（以下、「イギリス」と表記する。）において判断能力を欠く成年者のための意思決定支援は、2005年精神能力法（Mental Capacity Act 2005¹、以下、「MCA 2005」と表記する。）に基づいて実施される。MCA 2005は、自らの財産および身上の福祉（personal welfare）について決定する能力を欠く者²のために、それらの事項が、本人の最善の利益（best interest）に適うよう適切に決定されることを保障する³。

以下では、まずはMCA2005を貫く諸原則を軸に、意思決定支援のプロセスを捕捉したうえで、調査時に提示された重点調査項目⁴に適宜触れながら、イギリスの意思決定支援制度を紹介する。

1-2. 諸原則

1-2-1. 適用事項

本法は、意思決定において支援を必要とするすべての者のセーフガードとして機能しうるよう、一部の事項を除き⁵、判断能力を欠く者の生活にかかわる事項を広くカバーする。適用範囲を広く設定することは、MCA2005の主たる立法目的のひとつであった。本法の規定に従う限り、判断能力を欠く者への医療行為や居所の指定、身体の自由の剥奪（deprivation of liberty）といった身体への侵襲の程度が強い事項についても、適法に実施されうる。

¹ 2005年4月17日女王裁可、2007年10月1日施行。

² 本法は、16歳以上の者に適用される（2条5項）。

³ 実務家を含む当該決定にかかわる者については、本法のほかに、本法42条に基づいて大法官が作成した実務規程（Code of Practice）にしたがって行動することが求められる。この規程は、能力を欠く成年者の決定に関して2005年精神能力法によって確立された法的枠組みを支えるものである。実務家に対する行動指針であるため、不遵守であっても、特に罰則はないが、裁判で争われた場合、本規程に従わなかった事実は証拠として採用されうる。邦語訳として、新井誠（監訳）＝紺野包子（翻訳）『イギリス2005年意思能力法・行動指針』（民事法研究、2009年）がある。

⁴ 本調査にあたり、ノッティンガム大学ピーター・バートレット教授およびカーディフ大学ルーシー・セリーズ講師のご意見を賜り、資料の提供等のご協力をいただいた。

⁵ 婚姻および離婚、シビルパートナーシップ、性関係に対する同意、養子収養に関する同意、子の財産に対する親責任の放棄、生殖補助医療に関する同意等の家族関係に関する事項、および公職選挙および国民投票については本法の適用を受けない（27条および29条）。したがって、もし本人がこれらの事項について自分自身で決定する能力を欠く場合、当該事項についての決定はなされない。

1-2-2. 補充性の原則

MCA2005 は、能力を欠く成年者のための意思決定支援にあたり、可能な限り本人が関与することを保障するために次の五つの原則を掲げる。

まず、「人は、能力を欠く状態にあることが確証される場合を除き、能力を有するものと推定されなければならない⁶」（第一原則：能力の推定（1条2項））。この規定は、ある特定の事項について意思決定が必要である場合、すべての成年者は、自分自身でこれを決定する権利を有することを示している。そして、この権利は、本人に意思決定能力がないことが証明されない限り、制限を受けない。さらに本人が能力を欠く状態にあるかどうかは、必要となる決定の内容によって異なるため、決定ごとに個別具体的に判断され、上記の権利が一律に制限されることはない。したがって、当然にわが国における「成年被後見人の欠格条項」に該当するような規定は存在しない。

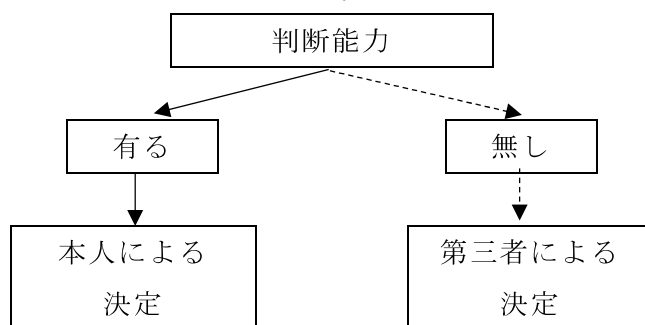
つぎに、「人は、意思決定を支援するためのあらゆる実行可能な方法を尽くしたにもかかわらずそれが悉く成功しなかった場合でなければ、意思決定を行うことができないものとみなされない」（第二原則：「あらゆる実行可能な方法」の実施（1条3項））。ここでいう、あらゆる実行可能な方法には、たとえば、会話で伝達することが困難な場合は、手話や文字、写真、図を用いたコミュニケーション方法が含まれる。また、専門家によって本人の能力を向上させることが可能である場合は、専門家を交えての支援を行う。

さらに、「人は、単に賢明でない決定を行ったという理由だけで、意思決定を行うことができないものとみなされない」（第三原則：「賢明でない決定」による無能力推定の禁止（1条4項））。したがって、たとえ本人の選択が、親族、友人、医療・ケア従事者等本人の周りの者が望まない結果をもたらすような賢明でないものであっても、その一事をもって、本人は能力を欠くものとみなされてはならないのである⁷。本原則は、第三者が本人の意思決定を妨げるような不当な干渉を行うことを禁止する。

⁶ 本条項は、判例法によって確立された原則を明文化したものである。

⁷ ただし、本人が重大な害および搾取にさらされるような決定を繰り返し行うこと、明らかに不合理または本人らしくない決定を行おうとする場合は注意が必要であるとされる。もちろん、これらの事実だけでは、本人が当該事項を決定する能力を欠いていることにはならないが、本人が過去になした選択に配慮しつつ、さらなる調査が必要となる。また本人の能力の判断においては、その決定が問題となっている事項だけでなく、本人によって同時期になされた他の決定の態様を考慮することも有用であるとされる。

これらの原則は、自己決定の権利が制限される場面をできる限り狭める機能を有する。本法は、本人が能力を欠くため意思決定の補充が必要な範囲においてのみ、第三者による決定が認められることを明らかにしている。



1-2-3. 能力判定基準の明確化

上記の図のように、能力の有無が自己決定か代行決定かを決することとなるため、能力の判定が重要となる。MCA 2005 は、能力の判定基準を具体的に定める点でも特徴的である。2条は、能力の有無を判断するプロセスを大きく二つの段階に分ける。すなわち、第一に、人が、「精神または脳の損傷または機能的な障害」を有しているかどうか、第二に、そのような損傷または障害のために、「自分自身で決定することができない」かどうか、を判断する構造をとる。

① 精神または脳の損傷または機能的な障害の有無

「精神または脳の損傷または機能的な障害」には、たとえば、精神障害、認知症、重度の学習障害、長期間にわたる脳の損傷、せん妄、頭部損傷に伴う脳震盪、アルコールまたは薬物による症状、または、精神錯乱、眠気もしくは意識喪失を引き起こす身体的または精神的な状態が該当するとされる⁸。

その症状が、恒常的であるか一時的であるかは問題ではなく（2条2項）、精神または脳の損傷または障害によって、「ある特定の事項に関して、その決定が必要となるときに（**at the material time**）、自分自身で決定することができない場合」、人は、問題となっている事項を決定する能力を欠くものとされる⁹。

能力を欠くことの証明は、「(a) 本人の年齢もしくは外見、または (b) 本人の能力について第三者に不当な推定を与える状態（**condition**）もしくは行動の一部」に言及するだけでは、なされえない（2条3項）。外見には、肌の色、服装、目で見てわかる障害等、一切の外形的特徴が含まれる。「状態」には、身体的障害、学習障害、高齢に起因する病、泥酔や一時的な意識喪失状態等が含まれる。したがって、学習障害を有するという事実だけでは、ある事項について能力を欠いていることの証明はなしえない¹⁰。また、ここでの「行

⁸ Code of Practice, para 4.12.

⁹ 人が、能力を欠くことの立証基準は、蓋然性の均衡基準（**on the balance of probability**）である。人が、問題となっている決定を行う能力を欠いている可能性が、能力を欠いていない可能性よりも高いことが示されなければならない。

¹⁰ Department of Health, Explanatory Notes, para 23.

動」には、大声で騒ぐなど一般人からみて奇異に感じられるふるまいが含まれるとされる¹¹。

以上のプロセスを経て、「精神または脳の損傷または機能的な障害」があることが証明されたならば、第二に、自分自身で決定することができない状態にあるかどうかの問題となる。ここで、「自分自身で決定することができない」状態にあるかどうかは、次の3条1項に示される「能力の判断基準」にしたがって、判定される。

② 自分自身で決定することができない状態にあるかどうか

3条1項は、「(a) 当該決定に関連する情報を理解すること、(b) その情報を記憶にとどめておくこと、(c) その情報を当該決定の過程の一部として使用もしくは衡量すること、または、(d) 自らがなした決定を伝達すること（会話、手話、その他あらゆる手段を用いて）」のいずれかができない者は、「自分自身で決定することができない」状態にあるものとする¹²。

ア 関連する情報を理解すること

能力の判定を行う際には、必ず本人に対して、決定に関連する情報が提供されなければならないとされる。情報の提供が行われないうちに、能力を判定してはならないとされる。関連する情報には、決定の本質、決定が必要とされる理由、可能性のある選択肢とそれを選択した場合、あるいは選択しなかった場合に予想される諸結果（3条4項）、があげられる¹³。

また、関連する情報は、本人にとって最も効果的なコミュニケーション方法を通じて、提供されなければならない（3条2項）。たとえば、本人が知的障害を有する場合は、専門家と協力しながら、図やイラストを用いて情報を読み聞かせることが有用であるとされる。もし、本人が強迫神経症や鬱病等の精神障害を有する場合には、専門家等を交えた集団治療ではなく、資料を渡して自分自身で考える時間を与えることの方が有用であるし、脳に損傷を負って短期間しか記憶が保持できない者のような場合には、繰り返し情報を提供することが有用であるとされる¹⁴。

イ 情報を記憶にとどめること

次に、能力があると認められるためには、上記のようなプロセスで受領された情報を何らかの決定を行うまでの期間、記憶にとどめることができないと認めなければならない。では、認知症によく見られる短期記憶障害を患う者については、どのように扱われるのであろうか。3条3項が、「決定に関連する情報を短期間しか記憶にとどめておけないという事実は、その一事をもって、本人が決定能力を有するとされることを妨げるものではない。」としてい

¹¹ Code of Practice, paras 4.7-4.8.

¹² この基準は、高等法院家事部が、固有の管轄権に基づいて、判断能力を欠く成年者の医療に関する決定の適法性を判断した際に、本人の医療同意能力が問題となった、*Re C (Adult: Refusal of Medical Treatment)* [1994] 1 WLR 290 および *Re MB (Medical Treatment)* [1997] EWCA Civ 3093, [1997] 2 FLR 426 という二つの判決が確立した判例法上の基準に若干の修正を加えたものである（British Medical Association et al., *ASSESSMENT OF MENTAL CAPACITY: GUIDANCE FOR DOCTORS AND LAWYERS*, (3rd edition, 2009), p 124）。

¹³ Mental Capacity Act 2005, s 3 (4).

¹⁴ Code of Practice, para 4.18.

ることから、記憶が短期間で消滅してしまうという事実のみでは、能力の推定を覆すことはできない。ノートや写真、録音、録画等の手段で情報を保存することによって、情報の保持を助けることも可能であるとされる。

ウ 情報を利用または衡量すること

第三に、受領した情報を理解し、決定を行うまでの間記憶にとどめることができるのであれば、その情報を利用または衡量しながら何らかの決定に達することができるかどうか、問題となる。ときに人は、情報自体を理解することはできても、その精神または脳の損傷または機能的障害によって、当該情報を用いることができない場合がある。

たとえば、自己に生じている問題は十分に理解することができたとしても、その決定が必要となった時点で、痛みや恐怖、混乱または薬物治療の効果のために、与えられた情報を用いて結論に達することができないような場合がこれに該当するとされる¹⁵。しかし、この判断は各事例に応じて慎重になされなければならない。本人が当該情報を正しく利用し衡量した結果、他者からすると非合理的な結論に達する場合もあるからである。情報の理解および保持の要件が、客観的に判断することが比較的容易な基準であるのに対して、この要件の適用は、困難が伴うものである。高等法院が固有の管轄権の下で、この基準に基づき能力の判定をした事例において、「情報を衡量する」ことができないとして、本人の意思無能力が宣言されるケースが多数存在した。その中には、真に無能力であったかについて、疑問が呈されている事件もある¹⁶。

¹⁵ Code of Practice, para 4.21. 前掲 MB 事件判決は、自然分娩では 50% の確率で胎児が死亡する、もしくは重大な障害を負う危険があるにもかかわらず、深刻な針恐怖症のために注射による麻酔を許容することができず、さらにマスク麻酔も胎児への危険性があることから拒否した母について、恐怖によって引き起こされたパニックのために一時的に同意能力を完全に欠く状態にあったとした (Re MB (Medical Treatment) [1997] EWCA Civ 3093, [1997] 2 FLR 426, para 30)。MB 事件判決については、今井雅子「イギリスにおける患者の治療拒否—帝王切開の事例をてがかりに—」比較法第 37 卷 49-86 頁 (1999 年) 60-66 頁を参照。

¹⁶ Re MB (Medical Treatment) [1997] 2 FCR 541, 552. 本件において、患者側弁護士が「Rochdale Healthcare 事件および Re L 事件において、裁判官は、決定の非合理性に言及することで能力の評価を行うことによって Re C テストを誤って適用した」との批判を行っている。引用されている二つの事件は、非合理的な判断をした患者について、情報を理解し記憶にとどめ、その情報を信じることはできると認めながらも、それらを利用または衡量して結果を導くことができないとして、無能力と認定したものである。確かにこれらの事件の判断に則ると、合理的でない結果を招く決定をした者のすべてについて情報を利用または衡量することができないとして、能力の欠缺を宣言することができてしまい、妥当でない結果が導かれかねない。近時の裁判例では、差し迫った死の危険がある深刻な摂食障害 (神経性無食欲症) 患者に対して、強制的に水分と栄養を摂取させるための処置を施すことの適法性が争われた事案当該患者の情報を衡量する能力を検討したものがあつた。裁判所は、本件患者が、問題となっている治療に関連する情報を理解し記憶にとどめ、自己の決定を他者に伝達することができることは明らかであるとしつつも、「体重増加に対する強迫観念によって、食べることの利点と欠点を意味がある方法で衡量することが少しもできなくなっている」ことおよび強い鎮静剤の摂取によって「もうろうとした」(drug haze) 状態にあることを認定して、同意能力を欠くとした (Re E (Medical treatment: Anorexia) (Rev 1) [2012] EWCOP 1639, paras 49-51)。裁判所は、患者が「知的で魅力的な人間であるとされている」こと、「死を求めているわけではないが、何にもまして食べることを望んでいない」こと、「食事を拒否することによって死につながることを自覚しつつも、人生を無意味であると感じ、自分自身の決定に任せてほしいと思っている」ことから、遷延性意識障害者やその他致命的な状態にある患者とは多くの点で異なっており、判断が困難な事例であるとした (Ibid, para 5)。

エ 意思を伝達すること

たとえ、理解した情報を、記憶にとどめ、利用することによって決定が行われたとしても、その結果を何らかの手段を用いて外部に伝達する能力がなければ、本法の下で能力を有する状態にあるとは認められない。たとえば、運動機能が完全に麻痺した、いわゆる「閉じ込め症候群 (locked-in syndrome)」の状態にある者は、意識障害はなくとも、外部に意思を伝達することが不可能であるならば、判断能力がないものと扱われる。ただし、前述の第三原則の下、意思疎通のために実行可能なあらゆる手段を尽くすことが求められていることから（1条3項）、眼の開閉等の手段によって「はい」・「いいえ」の意思表示ができる者は、意思を伝達することができるものとされ¹⁷、実際には本要件によって能力が無いとされる場面はほとんどないものと考えられる。この要件は、判例法によって確立していた能力判定基準の中には含まれておらず、MCA2005において新しく導入されたルールである。

1-2-4. 代行決定基準の明確化

以上のプロセスに従って、本人が能力を欠くとされた場合、「本法に基づいて能力を欠く者のために、または、その者に代わってなされる行為もしくは決定は、その者の最善の利益となるようになされなければならない」（第四原則：「最善の利益」による決定（1条5項））。本法がカバーする決定および行為が多種多様であること、事案ごとにかかわる人間も異なれば、存在する事情もさまざまであることから、本法には、何が最善の利益であるかを直接的に定義する規定は用意されていない。しかし、4条において、決定者が、最善の利益を導き出すために、考慮しなければならない諸要素が明らかにされている。決定者は、関連を有する一切の諸事情¹⁸を考慮し、特に次に掲げる手順を踏まなければならない（4条2項）。

① 同意能力が回復する可能性の検討

決定者は、(a) 本人が、問題となっている事項に関連する能力を将来回復する可能性が有るかどうか、そして (b) そのような可能性がある場合は、能力の回復の時期について考慮しなければならない（4条3項）。もし、能力がすぐに回復するもので、必要となる決定に緊急性がない場合は、本人が自分自身で決定できるように、その決定は延期されることが望ましい。また延期することができない場合であっても、今後本人の能力が回復する可能性が有るか無いかは、決定の内容に影響を及ぼしうるものとされる¹⁹。

② 本人を決定に関与させるための支援

次に、「決定者は、本人のためになされるすべての行為および本人に影響を与えるすべての決定について、合理的に実践可能な範囲において、本人の参加を許容及び奨励し、また

¹⁷ Department of Health, Explanatory Notes, para 27.

¹⁸ 決定者が認識している事情および関連すると考えることが合理的であると思われる事情をいう（4条11項）。

¹⁹ Department of Health, Mental Capacity Act 2005 Explanatory Notes, para 29.

は可能な限り、本人の参加する能力を向上させなければならない」(4条4項)とされる。たとえ自分自身で決定する能力を有さないとしても、決定に影響する何らかの希望や意見を有している可能性があり、本人を合理的な範囲で決定に関与させることは、その者の最善の利益を導き出す際の一助となると考えられている²⁰。

③ 本人の希望および感情、信念および価値観に対する考慮

決定者は、合理的に確かめられる範囲において、「(a) 本人の過去および現在の希望および感情(特に、本人が能力を有しているときになされた書面による意思表示のうち関連を有するもの)、(b) 本人が能力を有していたならば、本人の決定に影響を与える可能性のある信念および価値観、および(c) その他、本人が能力を有していたならば、考慮した可能性のある諸要素」を考慮しなければならない(4条6項)。

この規定は、仮に人が自分自身で決定する能力を欠いていたとしても、その嗜好や感情を表明することができることもありうるし、そのようにして表明された希望は、重要なものとして受け止められるべきであるという立法者意思を反映している²¹。

このような要件を課している MCA2005 は、能力を欠く者を意思決定の中心におくものであるが、決定者に対して、本人が判断能力を有していたならば行っていたと予想される決定に従って行動することを求める、いわゆる代行決定基準(substituted judgment test)とは異なる²²。しかしながら、本人の客観的利益のみを追求する従来の最善の利益基準とも異なって、本人の希望や価値観等は、他の諸事情とともにその者の最善の利益を導くための重要な考慮事項の一つとされる²³。最善の利益の判定にあたって、本人の希望等をどの程度斟酌するかは、事件および事実ごとに具体的に決定される問題(case-specific and fact-specific)であるとされる²⁴。

また、P が提案されている行為に積極的に抵抗しているような場合は、その抵抗の事実が P の最善の利益の判定においてとりわけ関連性を有するものとされているようである。それは、希望に反するような行為を受ける事によって P に心理的な負担がかかる可能性が

²⁰ Code of Practice, para 5.22.

²¹ Explanatory Notes, para 32.

²² Ibid, para 28. この点を明確にした判決として、制定法上の遺言(statutory will)の作成にあたって、遺言能力を欠く者の最善の利益が検討された P 事件判決(Re P [2009] EWHC 163 (Ch), [2010] 2 WLR 253)がある。レイソン裁判官は、MCA2005 法制定前は、「患者がもし精神上の障害を有していなかったならば、作成したと予想される」(para [13]) 遺言を作成することを求める『代行判断』とも言われるアプローチがとられていたが(para 15)が、「MCA2005 は、本人がもし精神上の障害を有していなかったならば、という事実と反する仮定を求めている」、「事実は現実にある通りに考慮されなければならない。したがって、本人が一時的に正常な判断力をとりもどし、その後再び無能力の状態に戻るといような頭の体操をする必要はない」と判示した(para 38)。

²³ Re P [2009] EWHC 163 (Ch), [2010] 2 WLR 253, para 41; HBCC v LG [2010] EWHC 1527 (Fam), para 39.

²⁴ 本人の希望等どの程度重きをおくかを検討するにあたっては、①本人の残存能力、②表明されている意見の強さおよび一貫性、③その希望がかなえられないことを知った場合に、本人がショックを受ける可能性、④その希望がどれほど、合理的で、思慮深く、信頼ができ、かつ実現可能なものであるか、⑤その希望が仮に実現されたならば、本人の最善の利益に関する裁判所の判断にどの程度合致しうるか、を考慮に入れるべきとする判決がある(Re M (Vulnerable Adult) (Testamentary Capacity) [2009] EWHC 2525 (Fam), para 35.)。

あるためであるとされる²⁵。このような場合、当該行為によってもたらされる利益と本人の希望に反することによって生じる不利益とが慎重に衡量される²⁶。

④ 第三者との話し合い

決定者は、もし、「(a) 問題となっている事項またはそれと同種の事項について、相談すべき者として本人に指名されている者、(b) 本人のケアに従事している者または本人の福祉に関心のある者、(c) 本人に授権された永続的代理権の受任者、または (d) 保護裁判所選任の法定代理人」と話し合うことが可能であり、かつそれが適切であるならば「本人の最善の利益となりうる事項、および特に前項に規定された事項〔本人の希望・感情および信念・価値観〕について、その者の意見を配慮しなければならない」（4条7項）。

たとえ、上記に掲げる者の間で意見の不一致があっても、すべての意見は、等しく重要であり、本人の意見、その他の諸事情と併せて考慮されるべき事項であるとされる²⁷。上記に掲げる相談者がいない場合、決定者は、IMCAに通知し、相談することができる（後述）。

⑤ 考慮してはならない事項

本人の最善の利益を決定する場合、決定者は、「本人の最善の利益について不当な推測をもたらす可能性のある」、「(a) 本人の年齢若しくは外見、または (b) 本人の状態若しくは行動の一部」のみを根拠にすることは、許されない（4条1項）。この規定によって、判断能力を欠く者が、差別されたり、他の者に比して不利益な扱いをうけたりしないよう保障がなされている²⁸。

以上、第三者が判断能力を欠く者に代わって決定する際に基準となる本人の最善の利益をどのような手順によって導きだすかを示した。

⑥ 比較的軽微な方法をとること

本人に代わって決定を行う者は「...決定に先立ち、その行為又は決定が必要とされる目的が、本人の権利及び行動の自由を制限することにおいて比較的軽微（less restrictive）な方法で効果的に達成されるかどうかについて、配慮をしなければならない」（第五原則：権利および自由に対する最小限度の制約（1条6項））。

第四原則が代行者に対して、必ず本人の最善の利益にかなう決定を行うよう求めるのに対し、本原則は、本人の権利および自由の制約が最少にとどまるよう「配慮」を求めるものであるという点で異なる。すなわち、AとBという二つの選択が考えられ、Aの選択肢はBの選択肢よりも本人の自由を制限するが、最も本人の最善の利益となる選択であった場合、代行者は、Aを選択することになる。本法の至高の目的は、本人の最善の利益となる決定を行うことであるからである。

²⁵ Herring, *supra* note (50), p 182.

²⁶ HBCC v LG [2010] EWHC 1527 (Fam), para 39.

²⁷ Code of Practice, para 5.54.

²⁸ Code of Practice, para 5.17.

1-2-5. 代行決定権限を有する機関

本法は、本人に代わって決定を行うことができる機関として、次の者を掲げる。

① 医療従事者および介護者

ケアまたは医的処置に関連する行為については、医療従事者および家族を含む介護者のための免責規定が用意されている（5条）。これらの者は本法の規定を遵守する限りにおいて、本人の最善の利益に適うケアまたは医的処置を適法に行うことができ、それらの行為については、本人の同意があったものと擬制される。

② 永続的代理権（Lasting Powers of Attorney, 以下、「LPA」と表記する。）受任者

LPAとは、本人が能力のあるうちに自己が能力を欠いたときに備えて、自らに代わって決定を行う者を指定しておくという制度である。わが国の任意後見制度に類似しているが、医療同意等を含む身上の福祉に関する事項の決定まで委任が可能であることを明らかにする点が異なる。LPAの前身である1985年に成立した持続的代理権（Enduring Powers of Attorney, EPA）授与制度が、財産に関する権限に限定して代理人に授權を認めていたが、これでは不十分であることが指摘され、LPAでは身上の福祉に関する授權が可能となった²⁹。

2. 本人による事前の決定

2-1. LPAの利用

2-1-1. 授權の手続き

従来、イギリスにおいては、本人が意思能力を失うとそれに伴って、代理権も自動的に効力を失うとされていたため、意思能力を喪失した者についてその財産管理をする権限を有する者がいなくなってしまう³⁰という不都合があった。その問題に対応すべく、本人が意思能力を喪失した後も代理人に財産管理を認めるEPAが制定された。

しかし、このEPAも、登録時期の問題と代理人に授与できる権限の範囲に関する問題を抱えていた。前者については、本人の意思能力が減退しつつあるという段階になってはじめて、受任者が保護裁判所に登録を申し立てることになっていた³¹ところ、実際には、本人の意思能力低下後も未登録のままに代理が続けられるという事態が散見された³²。後者については、EPAによって授權できる事項が、財産管理事項に限られており、他の事項については、これを用いることができないという点が問題であるとされていた³³。LPAは、

²⁹ Mental Capacity Act 2005, ss 9-14.

³⁰ Drew v Nunn (1879) 4 QB 661.

³¹ 保護裁判所に登録されると、裁判所は、財産の管理にあたって指示を出したり、受任者に出納帳の提出を求めたりして、EPAによる代理行為を管理することが可能となる。また裁判所は、受任者が「不適格」と判断すれば、代理権を取り消すことができる。Enduring Powers of Attorney Act 1985, s 8. しかし、登録がなされなければ保護裁判所は、このような監督機能を果たすことができないため、問題があった。

³² 菅富美枝「任意後見の濫用防止とセーフガード—英国における『ベスト・インタレスト』尊重の取り組み—」法政論叢 43 卷 2 号（2007）57 頁

³³ Law Commission, Consultation Paper No.119, Mentally Incapacitated Adults and Decision-

こうした EPA の問題に対して、登録時期を早めることと授権できる範囲を身上にかかわる事項にまで拡げることとし、EPA にとって代わるものとして導入されたものである³⁴。

LPA に基づく代理権授与契約が有効とされるためには、委任者が 18 歳以上で、かつそのような契約を締結する能力を有していること（10 条）、OPG が用意する所定の書式に、授与される代理権の内容および効果（nature and effect）が記載され、委任者および受任者の署名がなされることが求められる。また併せて、受任者が LPA の目的を理解していること、当該契約が詐欺や不当威圧によって結ばれたものではなく、LPA 成立を妨げる事由は何ら存在しないことを保証する第三者の署名も必要とされる。

このようにして結ばれた LPA は、受任者が当該契約に基づいて職務を行うために、OPG に登録されなければならない³⁵。LPA を設定する能力は、判断能力が減退してきてからこれを変更または設定する場合に、非常に重要であり、委任者が、LPA の内容および効果をその締結時に理解することができていたかどうかは重要であると解されている³⁶。したがって、LPA の締結に求められる能力は、委任者がどのような代理権を授与するかによって異なることになる。保護裁判所のラッシュ上席裁判官は、コリス事件判決³⁷において、LPA 委任者には少なくとも、LPA が OPG に登録されなければ利用しえないこと、身上の福祉に関する委任は自身が能力を喪失しているときにのみ有効であること、LPA は、能力を有するうちはいつでも撤回可能であること、および MCA 2005 の規定（1 条および 4 条）に従うこと、を理解し、LPA が締結されない場合に生じうる結果を認識することが求められるとしている。

Making: An Overview (HMSO, 1991), para 3.12. なお裁判所は EPA が及ぶ「財産に関する事項」をできるだけ広い意味でとらえようとしており、離婚訴訟において EPA による代理人に P の利益を代弁することを認めることもあったが（Re W [1970] 2 All ER 502.）P の介護・医療に関する事項を含む身上にかかわる事項にまで代理権が拡張されることはなかった。

³⁴ 1985 年持続的代理権法に基づいてすでに登録がなされている EPA については、2005 年精神能力法施行後も有効である。しかし、施行後、新たに EPA の登録を行うことはできず、任意代理はすべて LPA によるものとされる。

³⁵ Code of Practice, para 7.7.

³⁶ 過去に、EPA の設定能力について問題となったケースがある（Re K, Re F [1988] 1 All ER 358）。本件で問題となったのは、代理権を設定する能力と当該授権行為によって他者に委任される事項を自ら行う能力との間に相違はあるのかという点である。つまり、自己所有の株について息子に包括的な管理権を与える旨の代理権を設定するためには、株の管理を行う能力が必要であるかということである。この問題について、裁判所は、次の基準を用いて委任者の能力を判断した。代理権の有効性は、設定当時、委任者が当該契約の本質および効果を理解していたかであって、授権する権限の下に行われる行為をなすことができたかどうかは問題とならない。「授権される権限の本質および効果を理解していると言うことができるためには、以下の事項を理解していなければならない。第一に、受任者は、授権の内容に従って、委任者の事務について完全な権限を有すること、第二に、受任者は、授権の内容に従って、委任者の財産に対して本人が行行使することができる一切の権限を行使することができること、第三に、受任者が能力を欠く状態になっても代理権は消滅しないこと、第四に、受任者が能力を欠く状態になった場合、裁判所による承認がなければ、これを撤回することはできないこと」である。この基準は、EPA の設定および撤回に必要な能力の判断基準として定立されたものであるが、LPA に必要な能力の判断についても本基準が適用されるものとされている。

³⁷ Re Collis (unreported), 27 October 2010, Available at <<http://www.justice.gov.uk/downloads/guidance/protecting-the-vulnerable/mca/re-collis.pdf>>.

2-1-2. LPA 受任者の職務範囲

それでは、LPA に受権しうる事項の中身についてみていこう。前述したように、LPA の下では、財産管理事項のみならず、身上の福祉にかかわる事項も代理人に授権できる事項に含まれている（9条1項a号）。当該代理権のうち財産管理に関する代理権は、代理権授与証書に特段の記載のない限り、一度 LPA が登録されると、たとえ、本人が能力を有していても、代理人は当該代理権を行使することができるようになる。これに対して、身上にかかわる事項については、LPA の登録が行われたとしても、本人に判断能力があるうちは、LPA 受任者が本人に代わってこれを決定することは許されないとされており（11条7項）、身上に関する事項は、できる限り自らの力で決定できようように保障されている³⁸。

身上に関する事項には、在宅ケアサービスの手配や、歯科・眼学を含む医療契約の締結といった法律行為に加えて、医療上の検査や治療行為に対する同意または拒否（11条7項c号）、居所・面会交流の決定も含まれる³⁹。LPA の下で、本人の身上にかかわる事項を決定する権限を授与された受任者は、格別本人が代行決定を拒否する旨の契約を残していない限り、上記に例示したような本人の身上の福祉にかかわる事項の全てを、本人に代わって決定する権限が認められる。

しかしながら、本人の生命または自由に関する決定については、例外的な取扱いがなされている。まず、生命に関する決定については、身上に関する決定の授権を受けた LPA 受任者には、前述のとおり医療に対する同意または拒否の権限が自動的に付与されるものの、生命維持処置に関する決定が求められた場合は、永続的代理権授与証書において当該権限が明示的に授与されていない限り、これを決定することはできない（11条8項a号）。

また、本人の自由の制限の程度によって LPA 受任者が決定にかかわることができる範囲が異なる。第一に、本人に対する自由の制限が、「抑制」(restrain) である場合は、次の三つの要件を満たさない限り、LPA 受任者が本人に代わって当該決定を行うことは認められない（11条1項）。①「本人が問題となっている事項について、判断能力を欠くまたは能力を欠いていると受任者が信じるにつき正当な理由がある」こと、②「本人を危害から保護するために当該行為を行う必要性があると受任者が信じるにつき正当な理由がある」こと（必要性の要件）、および③「当該行為が (a) 本人が危害を受ける可能性、および (b) その危害の重大性」に比して相当であること（比例性の要件）である（11条2項ないし4項）。本法における「抑制」とは、本人が抵抗する行為を物理的な力を行使して強制すること、もしくは、そのように強迫して強制すること（11条5項a号）、または、本人が当該行為に対して抵抗していない場合でも、その行動の自由を制限することである（11条5項b号）。これらの行為は、LPA 受任者が自ら実行せず第三者に指示した場合であっても、LPA 受任者が抑制を行ったものと認められる。上記②の必要性の要件については、本人の

³⁸ Mental Capacity Act 2005, s 11 (7) (a).

³⁹ その他、ダイエットや衣服の着脱を含む日常のケアの決定、といった事実行為の決定も含まれる。また、本人の私信の管理、個人情報へのアクセス権、委任者が受ける介護または治療に対する苦情申し立て等も想定されている（Code of Practice, para 7.21）。

保護のために抑制行為を正当化できる客観的な根拠をもって証明することが求められる⁴⁰。また③の比例性の要件は、本人の最善の利益となる結果を達成するためになされる抑制が、最も介入的でない形で行われなければならない⁴¹。

第二に、P に対する自由の制限が、「抑制」ではなく、欧州人権条約 5 条 1 項が規定する「自由の剥奪」に該当する場合も、LPA には、特別な要件が課されている。本法において、自由の「抑制」と「剥奪」が異なる概念としてとらえられていることは、「欧州人権条約 5 条 1 項の自由の剥奪は、抑制を超える行為であり〔LPA 受任者が決定を行うことは〕許されない」とする規定（11 条 6 項）によって明らかである。欧州人権裁判所は両者の違いを「程度や強さであって、その性質や内容ではない」と示していることから、自由の制限を伴うケアが長期間にわたって行われる場合は、もはや単なる抑制ではなく、自由の剥奪にあたる可能性があるとして解されている⁴²。

LPA 受任者の権限が自由剥奪に及ばないとする条項は、2007 年における MCA 2005 一部改正の際に削除された。その代わりに、保護裁判所の身上の福祉に関する命令または特別な行政手続きによって、P の自由の剥奪が正当化される場合、何人も、P の自由を剥奪することができるとする条項が新たに付け加えられた（4A 条 3 項ないし 5 項）。ここで注目すべき点は、「自由の剥奪」に関する事項については、LPA 受任者に対して、他の代行決定権限者に比して特別な地位を与えていないという点である。LPA 受任者が P の自由を剥奪するには、他の決定者と同様に、保護裁判所の命令または行政の許可を得なければならない。このことは、本人が指定した代行決定者であるという側面から、本法が、LPA 受任者に対して本人の事前決定の次に強い権限を認めていることに照らすと、興味深い。

2-1-3. 保護裁判所（Court of Protection）および裁判所選任の後見人（deputy）

保護裁判所は、判断能力を欠く成年者に関する事項について紛争が生じた場合の最後の手段（last resort）であるとされる。当該裁判所は、代行決定者として後見人（deputy）を選任し⁴³、当該後見人の代行決定権の範囲について決定する権限を有する。その際、裁判所は、裁判所選任の後見人に対して、LPA 受任者の権限に抵触するような権限を付与することはできない⁴⁴。また、事案によっては裁判所自ら代行決定を行うこともできる点、わが国の裁判所とは異なる管轄権を有する。

2-2. 事前指示

イギリスには、医療行為に関するいわゆるリビングウィルの制度として、事前決定

⁴⁰ Code of Practice, para 6.44.

⁴¹ Code of Practice, para 6.47.

⁴² Code of Practice, para 6.52.

⁴³ Mental Capacity Act 2005, ss 15-21.

⁴⁴ ただし、LPA 受任者が詐欺または不当威圧等によって代理権を得た場合や、本人の最善の利益に反するような決定を行っていることが認められる場合、保護裁判所は、当該 LPA を取り消すことができる（Mental Capacity Act 2005, s 22 (3)-(4).）。

(advance directive) が存在する。

2-2-1. 概要

「事前決定 (advance directive) とは、18 歳に達した者 (本条において「P」という。) が、決定能力を有するときに行う決定を意味」し、「(a) 将来において、P が特定する状況下で、P に対してヘルスケアを提供する者が、特定の医療の実施または継続を提案し、かつ、(b) その時点において、P が当該医療の実施または継続について同意能力を欠く状態にある場合⁴⁵⁾ に、その特定の医療が実施または継続されないように、なされるものである (24 条 1 項) ⁴⁶⁾。

事前決定が、患者に対する医療の決定において、採用されるためには、「当該決定がまさに問題となる時点において、(a) 有効であり、かつ (b) その医療に適用できるものでなければ」ならない (25 条 1 項)。事前決定が、有効性を有しないとされるのは、P が「(a) 能力を有していたときにその事前決定を撤回している場合」、(b) その事前決定を行った後に、LPA の契約を締結し、受任者に対して、その事前決定と関連する医療の同意または拒否の権限を付与した場合、または「(c) 事前決定と明らかに相反するその他なんらかの行為をしている場合」である (25 条 2 項)。

これに対して、適用性を有しないとされるのは、「(a) 問題となっている医療が、事前決定において特定されている医療ではない場合、(b) 事前決定において特定された、何らかの状況が生じていない場合、または (c) 事前決定をした時点において、P が予測しなかった状況が存在し、かつ、その状況を予測していたのであれば、P の決定に影響を及ぼしたであろうと信じるについて相当の理由がある場合」である (25 条 4 項)。さらに、「決定がまさに必要とされるときに P が能力を有する場合」、事前決定は適用されない (25 条 3 項)。

これらの要件を満たし、事前決定の有効性と適用可能性がみとめられた場合、「その事前決定は、当該医療を実施または継続すべきかどうか問題となった時点において、P が決定能力を有し決定を行った場合と同様の効果が伴う」ものとされる (26 条 1 項)。つまり、医療従事者は、事前決定が有効かつ適用可能であると合理的に信じる場合⁴⁷⁾、それにした

⁴⁵⁾ したがって、本人が能力を有する場合は、以前にした医療拒否の事前決定と異なる決定を行うことができる。

⁴⁶⁾ 遅くとも 1990 年代はじめには、判例法上、患者が事前に当該医療を拒否する意思を表明していたことが「明らかに立証され」、かつその意思が「当該状況において適用可能である」場合、当該患者の事前の選択 (anticipatory choice) は、医師を法的に拘束するものとされていた (The Law Commission, *Mentally Incapacitated Adults and Decision-Making Medical Treatment and Research*, Consultation Paper no.129, (1993), paras 3.2-3.7; *Re T (Adult: Refusal of Treatment)* [1992] EWCA Civ 18, para 6, [1993] Fam 95, 103C. And also *Airedale NHS Trust v Bland* [1992] UKHL 5, [1993] AC 789, 864F)。2005 年精神能力法の事前決定の規定は、事前選択の要件、適用範囲およびその法的効果を明確にするために、置かれたものである。

⁴⁷⁾ 実務規程によると、事前決定の有効性および適用可能性を証明するために、医療従事者は、患者が、事前決定を撤回していなかったかどうか、事前決定後に LPA に対して決定権限を付与していなかったかどうか、事前決定に明らかに反するような何らかの行為を行っていたかどうか、現状についてもっと知り得ていたならば、決定の内容を変えていたかどうかを見極められるよう努めなければならない (Code of Practice, p 159)。

がって、問題となっている医療を差控え、または、中止したとしても、そのことによって生じる諸結果について、責任を負わない（26条3項）。反対に、医療従事者が、有効かつ適用可能な事前決定が存在すると確信しない場合には、当該医療を実施または継続したとしても、責任を負うことはない（26条2項）。

なお、事前決定は、本人が「...撤回または変更する能力を有する限りはいつでも、それを行うことができる」（24条3項）⁴⁸。基本的には、事前決定は書面で行われる必要はないが、生命維持のための医療を拒否する場合は、例外的に、書面によってなされなければならない（25条6項）⁴⁹。また、事前決定を尊重した場合に、患者の生命が危機にさらされるようなときは、上記の要件に加えて、次の要件を満たさなければ事前決定を適用しないものとする。すなわち、自己の生命が危機にさらされる場合には、事前決定の適用を望む旨の供述書を作成しており、その供述書の真正性が担保され、かつその供述書が本条の定める要式を満たす形で作成されている場合にしか、生命維持のために必要な医療を差控えまたは中止することができない（25条5項）。

2-2-2. 適用範囲

ところで、このような事前決定を用いて将来自らが、受けたい医療を指定しておくことはできるものとされているであろうか。本法に基づく事前決定は、医療の拒否という「消極的」な決定にしか用いることができず、特定の医療の提供を要求するために用いることはできないとされている⁵⁰。立法過程においては、事前の治療要求に関する規定も何らかの形で法案の中に取り入れられるべきであるとする有力な主張があった⁵¹。この提案は、患者が、将来その死が差し迫り、かつ意識を喪失するまで人工的栄養水分補給（**artificial nutrition and hydration**, 以下 ANH とする。）の継続を希望する旨の決定をしているのであれば、ANH を提供している病院がその継続を拒否することは、患者の欧州人権条約上の諸権利に反するとしたパーク事件高等法院判決⁵²（2004/7/30）を根拠として展開された。

パーク事件高等法院判決においてマンビー裁判官（Munby J）は、「患者が能力を有する（あるいは、無能力であっても有効かつ問題となっている治療に関連する事前指示（**advance directive**）を作成している）のであれば、患者が自己の最善の利益がどこに存在するか、そして、どのような延命治療（**life-prolonging treatment**）を受けべきか、あるいは受けざるべきかについてした決定は、原則として絶対的（**determinative**）なものであ

⁴⁸ 事前決定の撤回は、書面によらずして行うことができる（24条4項）。変更によって、生命維持医療に関する事前決定がなされる場合は、書面によらなければならない（後掲注（49）参照）が、それ以外の場合は、書面によってなされる必要はない（24条5項）。

⁴⁹ 書面には、証人1名の面前において自署がなされるか、本人以外の者が署名する場合は、本人の指示によって、本人および1名の証人の面前でなされなければならない。さらに、証人の署名又は認証は、本人の面前でなされなければならない（25条6項）。

⁵⁰ Herring, J., *MEDICAL LAW AND ETHICS*, (5th edition, 2014), pp 175-176.

⁵¹ Hansard (HC), Standing Committee A, Seventh Sitting, cols 199, 204-206 (2004/10/28); Hansard (HL), vol 668, col.46 (2005/1/10); vol 668, col 1232-1233.

⁵² R (Leslie Burke) v General Medical Council [2004] EWHC 1879 (Admin), [2005] QB 424.

る⁵³」と述べた。国会では、当該判決部分が、患者に対してあらゆる治療を要求する権利を認めたものと解されうかが議論の焦点となった⁵⁴。本件は折しも、本法案審議期間中、控訴審に係属しており、患者の治療を要求する権利がどこまで認められるかについて、裁判所の判断が待たれているところであった。

貴族院第二読会において、アシュトン憲法問題省政務次官（**Baroness Ashton of Upholland**）は、患者が要求した治療を提供するか否かは、医療専門家が患者に対して最善の医療を提供する義務を負っていることを前提として、最終的にその患者を担当する医療専門家の臨床判断（**clinical judgement**）に従うものとするのが従来の裁判所の判断であったことを述べ（傍点筆者）、患者が希望する治療を医師に強制しうるとする立場はとることができないとした⁵⁵。結局、その見解が尊重され、患者が特定の治療を要求するような事前の意思表示を行った場合、その意思表示は、本人の最善の利益を判断する際に、過去の希望および感情を示す資料となりうるが（4条6項）、医師に当該治療を強制させる法的拘束力を有するものとはしないという結論に落ち着いた⁵⁶。

2-2-3. 実務上の問題点

ただし、ピーター・バートレット教授は、事前指示が機能しているかどうかについては、多いに疑問があると指摘する。まず、この制度自体の利用率が決して高くない。また、仮に利用されたとしても、本人が能力を喪失した後にきちんと適用されることを担保する制度設計となっていないことが問題であるとされる。

⁵³ R (Leslie Burke) v General Medical Council [2004] EWHC 1879 (Admin), para 116, 213.

⁵⁴ Hansard (HC), vol 425, cols 49-50 (2004/10/11), Standing Committee A, 7th sitting, cols 205, 206 and 227 (2004/10/28), vol 428, col 1555 (2004/12/14); Hansard (HL), vol 668, cols 46, 58, 100 (2005/1/10); vol 668 cols 1232-1237 (2005/1/25). この問題に対する政府の態度は、アシュトン憲法問題省政務次官の次の発言に端的にあらわれている。「...バーク事件高等法院判決は、患者に対して、その治療がいかにか未検証で、不適切であろうとも—あるいは、あえて言わせていただければ—それがいかにか高額で、...患者の利益に関する医師の見解を無視したものでであろうとも、その者が望むすべての生命維持処置を要求する権利を与えるもののように読める。この判決の結果、実務家には現在の法がどのようなものであるのかが明らかでなくなった。最善のヘルスケアが提供される場合、従うべき明確な原則があることは極めて重要なことである。そこでわれわれは、この問題を明らかにするために、バーク高等法院判決を控訴しなければならないという気持ちになった」（Hansard (HL), vol 668, col 100 (2005/1/10)）。

⁵⁵ Hansard (HL), vol 668, col 1236 (2005/1/25). 他方、患者が治療を拒否する場合、判例は、本人が同意能力を有する限り、臨床判断にかかわらず医師はその治療拒否の決定を尊重しなければならないとしてきた（*Sidaway v Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital and the Maudsley Hospital* [1985] AC 871, 904F-905A; *Re T (Adult: Refusal of Treatment)* [1992] EWCA Civ 18, [1993] Fam 95, 102D-F; *Airedale NHS Trust v Bland* [1992] UKHL 5, [1993] AC 789, 864F; *Re MB* [1997] EWCA Civ 3093, para 17, [1997] 2 FCR 541, 549)。

⁵⁶ Hansard (HL), vol 668, cols 1235-1237 (2005/1/25). 2005年精神能力法成立の約5カ月後に下されたバーク事件控訴院判決でも、「多くの貴族院裁判官は、患者が遷延性意識障害の状態で生きながらえさせられることがないようになされた事前決定を尊重しなければならないと判示してきたが、われわれは当該判決が、患者が生命維持を内容とする事前決定を作成しているという理由だけで、生き続けられるようにすることを求めるものとは解さない」とされ、治療の継続を求める事前決定は認められなかった（*Burke, R (on the application of) v General Medical Council & Ors* [2005] EWCA Civ 1003, para 57)。

3. 保護裁判所の役割

3-1. 概要

MCA 2005 成立前にも保護裁判所という名の裁判所は、存在した。この旧保護裁判所は、知的障害や発達障害等のために自分の財産と身上に関する事項を管理できない者—これらは、患者と称されていた—の財産や物事について、世話をするという特別の機能を担っていた。このような制度は、古くエドワード 1 世の治世下に国王大権を起源として生まれ、ヘンリー 8 世の時代に設置された後見裁判所の流れを汲むとされる。

この旧保護裁判所は、1959 年精神保健法の下でその管轄権が規定されるまで、患者の身上と財産の管理運営を行う権限を有していたが、同法成立後は、財産管理に関する管轄権のみを引き継いだ⁵⁷。このため、能力を欠く者がどこに住み、誰と連絡をとり、どのような医療を受けるべきか等、本人の身上に関する事項について、いかなる裁判所もこれを決定する権限を喪失した⁵⁸。しかし、これは判断能力を欠く者の医療やケアに携わる者、何より本人にとって看過できない不都合を生じさせた。

そこで、この状況を打開すべく、MCA 2005 は、裁判所が、財産のみならず身上にかかわる事項についても管轄権を行使することを認め、その裁判所を新しい保護裁判所としたのである⁵⁹。保護裁判所は、高等法院、刑事法院、控訴院等と同種の上位裁判所 (superior court) にあたり、それらの裁判所と同様の権限、権利、特権を有する。能力の欠缺に伴って生じる諸問題について、専門性を有し、先例を確立することができる裁判所である。保護裁判所の管轄権は、大法官または大法官職務代行者によって任命された裁判官が行使する。任命されうる裁判官は、高等法院家事部または高等法院大法官部の首席裁判官、高等法院下位の裁判官、巡回裁判官、地方裁判所裁判官のいずれかである。このうち、高等法院の裁判官による判断に異議がある場合は控訴院が管轄を有するが、巡回裁判官および地方裁判所裁判官が原審裁判官である場合は、保護裁判所の上位の裁判官が担当する⁶⁰。

3-2. 職務権限

3-2-1. 宣言および決定

保護裁判所は、「(a) 人が、その宣言において特定されたある事項について、決定を行う能力を有するか否か、(b) 人が、その宣言において言及されている事項と同じような諸事項について、決定を行う能力を有するか否か、(c) その者に関してすでになされた行為又はこれからなされようとしている行為の適法性」について宣言を下すことができる (15 条 1 項)。

⁵⁷ 旧保護裁判所のすべての活動は、1983 年精神保健法およびそれに伴う 1960 年保護裁判所規則 (修正) に依拠していた。

⁵⁸ ディンズイル・ラッシュ／中山泰道訳「イギリス成年後見法改正の動向」成年後見法研究 2 号 (2005) 106 頁。

⁵⁹ Mental Capacity Act 2005, s 45.

⁶⁰ Mental Capacity Act 2005, s 53, Court of Protection Rules 2007, s 181. 地方裁判所裁判官、巡回裁判官、高等法院下位の裁判官、高等法院家事部または大法官部の首席裁判官の順に上位となる。

また、本人の財産および身上に関する事項について、その最善の利益に適うよう「決定、または命令を下す」権限が認められている（16条1項および2項）。裁判所に申し立てを行うことができるのは、LPAの委任者および受任者、裁判所選任の法定後見人、申し立てに関する裁判所命令に名前が挙げられている者である（50条1項）。これ以外の者が申し立てを行う場合は、事前に裁判所から申し立てを行うことの許可を得なければならない。当該許可にあたっては、申立人と本人の関係、申し立ての理由、申立人が裁判所に求めている命令または指示が本人の利益となるか、他に方法がないかを審査される。そこで、申立の正当性が認められれば、法定の申立人以外にも、裁判所に申し立てる機会が保障される（50条2項および3項）。

ところで、MCA 2005は、判断能力を欠く者の身上に関する事項について決定しうる法定の権限者がいないという「法の間隙」を埋める目的で作られたものであるため、基本的には、本法の規定する手順を決定者が遵守する限り、裁判所の宣言を得る必要はなくなったはずである。それでもなお、保護裁判所がこのような権限が与えられたのは、一つに、重大な医療行為に関する事件⁶¹について適法性を判断するため、また一つに、特に当事者間の争いが激しい事例を解決するためであるとされる⁶²。

3-2-2. 後見人の選任

① 後見人が選任される場合

2005年精神能力法の下では、原則として、保護裁判所が自ら決定を行う方が、後見人を選任するよりも望ましいとされる（16条4項a号）。ただし、裁判所は、すでにした命令または後見人の選任に関連して、あるいはそれらの命令を実行するために、さらなる指示を下すことが必要であるか、または理にかなっていると思料する場合、後見人に対して必要な権限を委譲したり、義務を課したりすることができる（16条5項）。

実務規程によると、身上の福祉のための後見人の選任は、裁判所の権限なしには、実施することができない重要かつ必要な行為や、後見人を選任する以外に本人の最善の利益にかなうような処理が行われないような困難事例においてのみ必要とされる⁶³。

⁶¹ 例外的に、保護裁判所の法廷実務指示（Court of Protection Practice Direction 9E: Applications relating to serious medical treatment）は、必ず裁判所に申し立てなければならない事項として、(a)遷延性意識障害者に対するANHの中止または差し控え、同意能力を欠く者に対する(b)臓器または骨髄の提供、(c)非治療的な不妊手術の実施を挙げる（para 5）。その他、重大な影響を与える医療となりうるものとして、同意能力を欠く者に対してなされる(a)人工妊娠中絶、(b)他者への移植を目的とする医的処置、(c)ある程度の強制を伴う医的処置、(d)実験的な医療および先端医療、および、(e)未検証な分野において倫理的なジレンマが存在するケースが例示される（para 6）。これらに該当しない場合であっても、患者の状況と当該治療がもたらす結果いかんによっては、重大な影響を与える医療となりうる（para 7）。See also, Code of Practice, paras 8.18-8.24. 遷延的植物状態にある患者への人工栄養水分補給（ANH）の差し控えもしくは中止、能力を欠く者からの臓器もしくは骨髄の提供、能力を欠く者に対する治療を目的としない赴任処置については、必ず保護裁判所の意見を仰がねばならないとされている（Code of Practice, paras 6.18, 8.18-8.24.）。

⁶² Court of Protection Practice Direction 9E, Ibid, para 6.

⁶³ たとえば、重度かつ複合的な学習障害を有する者の身上の福祉に関連する諸決定が、繰り返し必要となる場合や、深刻な家庭内紛争が存在し、後見人が選任され必要な決定がなされない限り、その

② 後見人の権限

保護裁判所は、財産管理および身上の福祉に関する事項について、自らが有する権限を委譲することができる。ただし、後見人に授与しうる「権限の範囲および期間は、合理的に实际的であると認められる限度に限られる」（16条4項b号）⁶⁴。また、LPA受任者がその代理権の範囲内において適法に行った代行決定の内容と矛盾する決定を行うことは認められない（20条4項）。また、後見人は、ある事項について裁判所から決定権限を授与されていたとしても、本人がその関連する事項について能力を欠いていることを知っている、またはそのように信じるにつき合理的な理由が存在しない限りは、本人に代わって決定を行うことができないものとされる（20条1項）。本法が「判断能力を欠く者」に代わって決定を行うためのプロセスを定めたものであることに照らせば、当然の帰結である。さらに身上監護事項については、本人が、特定の第三者と交流することを禁止するための、および本人の医療に責任を有する者が他の者にその責任を引き継ぐことを認める指示を行うための権限授与は認められない（20条2項）。また、本人の生命維持のための医的処置の実施又は継続を拒否することはできない（20条5項）。しかし、これら以外の事項については、必要性および合理性が認められる範囲において、広く授權が可能である。

③ 後見人となり得るもの

裁判所選任の後見人は、原則 18 歳以上の自然人でなければならないが、財産管理のための後見人については信託会社を選任することもできる（19条1項）。適当な候補者がいない場合、相当な期間、本人に対して義務を負う地方当局の社会サービス局長等、官職に就く者を後見人に選任することができる（19条2項）。ただし、介護施設の所長など有償で本人の介護を行う者は、利益相反の可能性があるため原則として後見人になることができない⁶⁵。したがって、地方当局と本人の間で在宅ケアサービスの契約がある場合等は、保護裁判所によって契約内容が審査され、利益相反が起こらないよう配慮されなければならない⁶⁶。

④ 複数後見について

保護裁判所は、複数の法定代理人を選任することができる。さらに、複数の法定代理人に授權する場合は、共同又は連帯、あるいは事務によって共同で行われるものと連帯で行われるものに分けることができる（19条4項）。共同で行うとされた場合は、必ず共同して行われなければならないが、連帯の場合は、共同で行っても、単独で行っても有効な代理となる。

者の将来のケアに対して有害な影響をもたらす場合などが、挙げられている（Code of Practice, para 8.38.）。

⁶⁴ 本人に対する介入がその自由および権利に対して、最も制約の少ない方法で行われるよう配慮しなければならないとする 1条6項の原則を担保するものである。

⁶⁵ MCA 2005 Code of Practice, para 8.41. ただし、本人の親族など特別の場合は例外として認められる。

⁶⁶ MCA 2005 Code of Practice, para 8.60.

⑤ 法律扶助

本人が経済的に困窮しているために、保護裁判所への申し立てが困難な場合、法律扶助（legal aid）を用いることができる。身上の福祉に関する事項の中でも、特に本人の自由を剥奪する恐れのある行為について、その適否を審査する手続きは無料で提供される。それ以外の手続きを利用する場合、下記のような基準が設けられている。

- ・ 4人以下の子供がいる世帯において、月収が 2654 ポンドに満たない場合でかつ、
- ・ 可処分所得が、月 733 ポンドに満たない場合

このようなケースにおいては、法律扶助を受けることができる。

⑥ 後見人の報酬

後見人の報酬額は、保護裁判所によって決定される（19条7項b号）。実態としては、専門職でない後見人に対して報酬が支払われることは稀である。報酬を得ているか否かによって、後見人の職務執行における注意義務の程度が異なる点が興味深い。すなわち、報酬を得ている場合は善管注意義務、報酬を得ていない場合は、自己のためになすと同一の注意義務が要求される⁶⁷。

3-3. 協働機関

3-3-1. パブリック・ガーディアン

本法は、本人に代わって第三者が決定を行う際に、その利益が十分に保護されることを保障するために、パブリック・ガーディアンという公職を設けた⁶⁸。パブリック・ガーディアンは大法官によって任命される。その主たる職務として、EPA および LPA の登録の設定および維持、裁判所選任の法定後見人の監督があげられる。法定後見人の監督にあたっては、社会福祉サービス局等の関連組織と協働する。他にも、保護裁判所監察官（Court of Protection Visitors⁶⁹）に対して、能力を欠いている疑いのある者や代行決定者を調査し、報告するよう指示する等、他の機関と連携して機能する。また、LPA・EPA 受任者および法定後見人の活動報告書を受領し、要請があれば保護裁判所に対して当該報告書を提示する。

これと並行してパブリック・ガーディアンをサポートする機関として、パブリック・ガーディアン事務局（The Office of the Public Guardian、以下 OPG とする）が、2007年10月に設立された。法務省管轄の機関であり、従来、保護裁判所の執行機能的役割を果たしていた公的後見局（Public Guardianship Office）を改組したものである。OPG の主な職務は、パブリック・ガーディアンが、EPA・LPA の登録および法定後見人の監督をする際にサポートを提供することである。たとえば、LPA は、必ず OPG に登録されなければならない、かりに登録がなされていなかった場合、受任者には、委任者のために何らかの決

⁶⁷ MCA 2005 Code of Practice, paras 8.56.

⁶⁸ Mental Capacity Act 2005, ss 57-60.

⁶⁹ Mental Capacity Act 2005, s 61. 保護裁判所に対して、任意・法定代理人が義務を果たしているかどうかを調査し、報告する職務を負う。大法官の任命によって就職する。

定をする権限は一切認められない⁷⁰。OPG は、委任者に対して、LPA に基づく権限を第三者に与えることの重大性、与えられる権限の範囲および受任者として適切な第三者像を理解させるために必要な情報を供与する等、LPA 開始前から利用者に関与するが、LPA が登録されると、受任者が義務を果たしていないという疑義を第三者がさしはさまない限りは、干渉しないこととされている。他方で、裁判所選任の法定後見人については、本人意思がその選任に反映されていないので、OPG は、保護裁判所から要求があった場合、法定後見人の候補者について調査し、選任後の監督をいかに行うべきかについてもアセスメントを行う義務を負う。保護裁判所は決定機関として、OPG は後見人の調整および監督機関として、それぞれが役割を分担して補完しあっている。

3-3-2. IMCA (Independent Mental Capacity Advocate)

IMCA とは、判断能力を欠く者の最善の利益の決定に際して、その者をサポートする者（家族や友人等）が周囲にいない場合に、本人を代弁する（representation）サービスを提供する者をいう⁷¹。その職務は、本人に代わって決定者とミーティングし、すべての選択肢が検討されているか、本人の嗜好が考慮に入れられているか、本人の諸権利が尊重されているか等を確認することである。IMCA が利用されるのは、ケアプランの見直し、重大な影響を与える医療⁷²、居所の変更、自由剥奪、虐待等からの保護に関して決定がなされる必要がある場合である。保健省刊行の 2012 年度の報告書によると、2012 年 4 月から 2013 年 3 月までの一年間に IMCA が利用されたのは計 12,381 件で、そのうち最も IMCA が用いられたのは、居所の変更を行う際の相談であった（5,353 件）⁷³。

IMCA の活動が許されるのは、地方当局が選任を認めた者だけである。当局に認可された組織の構成員であり資格を有する者は、IMCA として活動することができる。地方当局は、通常、独立の擁護組織（advocacy organization）に IMCA のサービスを提供する権限を与える。とくに、本人に重大な影響を与える医療および自由剥奪の実施が検討される際には、当該医療を提供する NHS（国民医療制度⁷⁴）の諸機関は、緊急の場合を除き、当該諸行為を実施する前に IMCA へ通知し、相談しなければならないという義務を負っている

⁷⁰ 登録の時期は、本人が能力を欠いた後でも構わないとされる。

⁷¹ Code of Practice, para 10.17. 2011 年 2 月時点で、そのような組織は全国に 224 個存在していた（Department of Health, February 2011: Contact details for IMCA providers, (2011)）。

⁷² 重大な影響を与える医療とは、(a)ある医療が実施された場合に、患者にもたらされる利益と患者に課される負担およびリスクのバランスが微妙である場合、(b)複数の治療のうちどれを選択するかが微妙である場合、または(c)提案されている治療が、患者に対して重大な結果をもたらす可能性がある場合において実施、差し控えまたは中止される治療のことである（The Mental Capacity Act 2005 (Independent Mental Capacity Advocates) (General) Regulations 2006(as amended by The Mental Health and Mental Capacity (Advocacy) Amendment (England) Regulations 2009), s 4(2)）。

⁷³ Department of Health, The Sixth Year of the Independent Mental Capacity Advocacy (IMCA) Service: 2012/2013, (2014), p 25.<
https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/280884/The_Sixth_Year_of_the_Independent_Mental_Capacity_Advocacy_v6.pdf> [2018/1/1].

⁷⁴ 近年のイギリス医療制度については、横野恵「諸外国の医療法制：イギリス」年報医事法学 26 号 66-71 頁参照。

(37条3項および4項)⁷⁵。

4. 身上監護に関する事項の決定

4-1. インフォーマルな決定が許される場合

LPA受任者、保護裁判所および裁判所選任の後見人が身上監護に関する決定をなしうる場面については、上記に見てきたとおりである。以下では、そのような法定の権限または本人からの授権を有さない者が身上監護に関する事項を決定する場面を紹介する。

自己の身上にかかわる事項について決定する能力を欠く者の多くは、日々、介護や治療の場面でその同意の問題に直面している。これらの者が必要とするケアは、身体を洗うという日常的な事項から生命にかかわるような医療行為や施設の入所等、人生を変えるほどの重大性を有する事項と多岐にわたる。本来、人は自己の身体に対して自己の承諾がない限り他者を介入させない権利がある。法的に言えば、何人も本人に代わってその身体について決定することはできない。したがって、自分で着替えをすべき判断できない者の衣服の着脱をする介護者は、本人の同意なくその者の身体に触れているため、理論的には暴行罪にあたるし、能力を欠く者の家に入ることは、住居侵入罪になりうる⁷⁶。しかし、当該事項について決定する能力を失った者について、これに代わって意思決定を行うことが一切許されないとすると、その者が健康的な生活を送ることを害しかねない。

そこで、本法は、介護者、医療従事者および社会福祉士に対して、本人が身体にかかわる事項を決定する能力を欠く場合には、本人の同意なくして当該行為を行ったとしても、本法の規定に従ってなされたものである限り、法的責任を問わないとする一般条項が設けられた。

4-1-1. 原則

5条は、本人の「ケア又は医的処置に関連する行為をする場合において」適用されるものであるため、当該行為の主体である介護者および医療従事者が免責の対象者である。介護者は報酬の有無を問われないため、家族介護者も含まれる。また、救急隊員や警察官のように本人の福祉への関与に反復性のない者についても適用がある⁷⁷。ただし、本条によって免責を受ける者は、LPA受任者、または裁判所選任の法定後見人が行った決定に抵触するような行為を実施することはできない⁷⁸。

免責されるためには、「(a) 当該行為の遂行に先立ち、本人が問題となっている事項に関する能力を欠く状態にあることを確証するために合理的な手段をつくして」いること、「当該行為がなされることが本人の最善の利益にかなうであろうと信ずることが相当である場

⁷⁵ The Mental Capacity Act 2005 (Independent Mental Capacity Advocates) (General) Regulations 2006, (as amended by The Mental Health and Mental Capacity (Advocacy) Amendment (England) Regulations 2009; Code of Practice, para 10.42.

⁷⁶ Code of Practice, para 6.1.

⁷⁷ Ibid, para 6.20.

⁷⁸ Mental Capacity Act 2005, s 6 (a) (b).

合」ケアまたは医的処置を提供したとしても、その行為に対して違法性は問われないとする（5条1項）。

本条は、実に幅広い医療行為に適用があり、実務指針をみると、飲食、移動、コミュニケーションを助けること、健康診断、内科・歯科治療、投薬、検査又は治療のために病院に連れて行くこと、必要な医療の提供、緊急治療が免責の対象として、例示されている⁷⁹。

そして、医療や介護の現場においては、当事者間では調整できないような意見の対立が起きない限り、本人の身体に重大な侵襲を加える医療行為についても裁判所に申し立てがなされず、本条の規定に基づいてインフォーマルな決定がなされているという。このことは、ただちに違法とは断ぜられない。MCA2005 は、保護裁判所に申し立てなければならない医療行為を特定していないし、能力を欠く者の最善の利益にかなう決定がなされるのであれば、そのような代行決定は5条に基づいて適法となるからである。このような場合、裁判所や関係機関は、どこから「違法」であると意識するのかは明らかでないといわれる。

4-1-2. 例外

このように5条の下での免責は、かなり広くの場面において認められているが、本人の行動を「抑制」する行為や本人の「自由を剥奪」するような行為については、最善の利益にかなうと考えられる行為であっても当然には、免責されない。

まず、自由を抑制する行為については、上記の5条1項の要件に加えて、本人を危害から保護するために必要であること、その行為が危害を被る蓋然性と危害の重大性に比例した対応策でなければならない（6条2項および3項）。これに対して、自由の剥奪に該当する場合は、しかるべき審査手続きを経なければならない、医療従事者や介護者によるインフォーマルな決定は許されない⁸⁰（4A条1項）。

4-2. 自由の剥奪に関する事項

4-2-1. 必要な手続き

MCA2005 は、自由の剥奪に関する決定について、かなり大部かつ複雑な規則を用意している。詳細は別稿に譲るが⁸¹、病院への入院およびケアホームへの入所が自由の剥奪を伴う場合には、病院またはケアホームの管理当局は、MCA 2005 規則 A1 に規定される行政審査手続（Deprivation of Liberty Safeguard, DoLS）を経て、監督機関である地方当局から自由の剥奪に関する許可を得なければならない。自由の剥奪が病院やケアホームではなく、一般の家庭や学校施設等で行われる場合には、保護裁判所に申立を行い、判断を求

⁷⁹ Code of Practice, para 6.5.

⁸⁰ ただし、自由の剥奪が生命維持に必要な処置を提供するために実施される場合は、保護裁判所の審査が終了するまでの期間、実施しうる（4B条）。

⁸¹ 拙稿「同意能力を欠く成年者の自由剥奪をめぐるイギリス法の現状と課題」早稲田法学会誌 65 巻 2 号（2015）249-299 頁、拙稿「判断能力が不十分な成年者の居所および面会交流の決定手続き」家族＜社会と法＞33 号（2017 年）。

めなければならない（16条2項a号）。

4-2-2. 定義および成否の判断基準

自由の剥奪について、MCA2005は、「この法律において言及される自由の剥奪は、欧州人権条約5条1項と同義である」とし、明確な定義づけを行っていない。そのため、実務において「自由剥奪」の解釈が限定的になされ、本来適用されるべき場面に用いられず、セーフガードを必要とする者に保障が及んでいない、という問題が指摘されていた。この問題は、2014年3月に下された **Cheshire West** 事件最高裁判決⁸²によって一応の解決を見た。当該判決によると、「被抑留者が、継続的な監視およびコントロールの下に置かれ、かつその者に退去の自由がない場合」はすべて自由の剥奪に当たる。そのうえで、自由剥奪の成否には、その目的や理由の正当性、被抑留者の認識の有無は関係なく、また一般家庭で生活し、教育を受けるために外出することや家族との交流が許されているような場合でも、自由剥奪は成立するものとされた。さらに、被抑留者の状態の判断基準としてそれまで支配的であった、「被抑留者と同程度の障害者が通常おかれると予想される状態と比較する」という考え方を採用せず、「被抑留者とその他の（健康な）人の状態とを比べて判断する」こととした。したがって、たとえば身体的・精神的な障害を理由にサポートなしでは出歩くことができない場合や、24時間他者の見守りが必要な場合についても、自由の剥奪に当たることが明らかになったのである。

本判決が実務に与えた影響は実に大きかった。行政手続の申請件数は、2013年度が13,700件であったのに対して、**Cheshire West** 事件判決（2014年3月19日）後の2014年度は137,540件、2015年度は195,840件と急激に増加している。また、裁判所への申立も、2013年度は109件であったのが、2014年度は525件、2015年度は1,499件と増加している⁸³。

このように、医療行為を含む身上監護事項については、必ずしも裁判所を通すことなくインフォーマルな決定がなされる一方で、自由の剥奪については行政または裁判所の許可を得なければならないとされる点は、特徴的である。

4-3. 精神病院への強制入院

自傷他害の危険性を有する患者を含むあらゆる「精神障害者」（**mental disorder**）の精神病院への強制入院は、精神保健法に従って決定され、MCA2005は適用されない（28条）。したがって、LPA受任者も後見人も、精神疾患の強制治療が問題となる場面において本人に代わって同意を行うことはあり得ない。

やや冗長のきらいがあるが、いまいちど自由の剥奪手続きとともに整理しておきたい。

⁸² *Cheshire West and Chester Council v P* [2014] UKSC 19, [2014] AC 896, [2014] 2 WLR 642, [2014] 2 All ER 585.

⁸³ NHS Information Service, *Mental Capacity Act (2005) Deprivation of Liberty Safeguards (England): England 2015-2016 National Statistics (2016)*.

判断能力を欠く者を強制的に收容する場合、すなわちその者の自由を剥奪する場合、当該行為がどの法律に基づいて実施されるかは、收容の目的および收容場所によって異なる。①精神疾患のケアのために精神病院へ強制入院するという場面では、精神保健法に基づく。これに対して、②身体的な疾患の治療を目的として一般の病院やケア施設に收容される場合には、MCA2005の行政手続き（DoLS）に従って行われる。さらに、③一般家庭において介護を受ける場合は、保護裁判所の手続きによる。MCA2005は①のような精神病院への強制入院については、適用が及ばないことを明らかにしているため、MCA2005の下で後見人に選任されたからといって、①の場面で権限を行使したり、義務を負ったりしない。

4-4. 死後の事務

後見人は本人の死亡によって、その権限を喪失するため、死後の事務を行うことはできない。実際には、後見人であった者が遺言執行者に選任されている場合等、死後の事務にまでかかわる場面はあり得るが、法律上後見人であったこととは関係がない⁸⁴。

5. 結びに代えて：法改正の動向

最後に、MCA2005と障害者権利条約12条との適合性に関する議論および近時の法改正の動向について紹介し、結びにかえたい。

5-1. 障害者権利条約12条との適合性

5-1-1. 政府の見解

グレートブリテン及び北アイルランド連合王国（以下、「連合王国」と表記する。）は、障害者権利条約（以下、「条約」と表記する。）に2007年3月30日に署名、2009年6月8日に批准し⁸⁵、同条約の議定書を2009年8月7日に批准した。政府は、批准に至るまでの間、国内法が条約と調和していることを確かめ⁸⁶、批准に当たって留保を付す必要性があるかどうかを慎重に議論した⁸⁷。その結果、本来、いかなる国際条約も、その規定が施行

⁸⁴ イギリスにおいて、死後の事務をどのように扱うかについては議論となっておらず、ヒアリングを実施したパートレット教授およびセリーズ講師の双方より、興味深い議論であるとのコメントを拝した。

⁸⁵ United Nations Treaty Collection, Chapter IV Human Rights, 15. Convention on the Rights of Persons with Disabilities, <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtmsg_no=IV-15&chapter=4&lang=en>.

⁸⁶ 批准によって、条約がイギリスの国内法に組み込まれるわけではないが、コモン・ローの下、国内裁判所は、国内法を解釈する際、条約の規定にも配慮しなければならないとされるため、各省庁・行政機関は自国の法制度、政策、実務、手続が条約と反していないかを確かめる作業を行う必要があった（Joint Committee on Human Rights, *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, First Report, HL Paper 9, HC 93 (2009)）。

⁸⁷ 留保の議論に関して、人権に関する両院委員会（Joint Committee on Human Rights）から3つの報告書が刊行されている（First Report, *ibid.*; *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Government Response to the Committee's First Report of Session 2008-09*, Sixth Report, HL Paper 46, HC 315 (2009); *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Reservations and Interpretative Declaration*, Twelfth Report, HL Paper 70, HC 397

可能であり、締約国として引き受けた諸義務を履行しうることが確かめられるまでは批准すべきではないものの、障害者権利条約の批准が遅れることは、かえって障害者が平等な人権を享受し政府がそれを完全に支援するという力強いメッセージを発信する貴重な機会を逃すことから、留保を付しての批准が選択された⁸⁸。

当初留保が付された条項⁸⁹の中には、わが国の成年後見制度の議論において重要となる条約 12 条（法の前の平等）が含まれていた。しかしながら、この留保は、身体的または精神的能力を欠く者のために年金等の社会保障給付を申し立て、受給するための代理人（*appointee*）を定期的に審査するシステムが存在しないことを理由とするものであった。したがって 2011 年 10 月に当該代理人を定期的に審査する制度が導入されると、12 条に関する留保は撤回された⁹⁰。

障害者権利条約は、障害者に対するアプローチに「パラダイムシフト」を掲げたものとして知られている。すなわち、従来のように障害者を、チャリティ、医的処置および社会保障等の「対象」ととらえるのではなく、彼らが社会の能動的なメンバーの一員であり、情報の提供を受けて自由な意思で自分自身のことを決定できる権利の「主体」であるとする観点に立つことによって、同条約は、障害者の権利保障の動きを新たな高みに導いたものと考えられている⁹¹。この理念と深く関連し、判断能力を欠く成年者の権利の保障について考える上で避けて通ることのできない条文に、障害者権利条約 12 条⁹²がある。

MCA2005 はもとより、スコットランド法および北アイルランド法を含め、国内に用意されているすべての判断能力を欠く者のための意思決定支援制度は 12 条に適合する、というのが政府の当初の見解であった。

5-1-2. 適合性に関する議論

しかしながら、条約批准前より、国内法が条約 12 条に適合しているかどうかについては、学界および政界において鋭い意見の対立があった。

不適合とする立場からは、たとえば、本法には、障害者が自らに影響のある決定に対して可能な限り参加することを保障する規定（1 条 3 項、3 条 2 項、4 条 4 項）も存在するが、これらが障害者権利条約 12 条の規定に合致する法的能力の行使における意思決定を

(2009.)。

⁸⁸ Sixth Report, *op. cit.*, pp.10-11.

⁸⁹ 留保が付されたのは、12 条（法の前の平等）、18 条（移動の自由及び国籍についての権利）、24 条（教育）、27 条（労働及び雇用）である。なお 24 条については、解釈宣言もなされている。

⁹⁰ See, Office for Disability Issue, *UK Initial Report On the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities* (2011), para.41.

⁹¹ UN Enable, the official site of the UN Convention on the Rights of Disabled People <<http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=150>> [2018/1/1]. 長瀬修ほか編著『増補改訂 障害者の権利条約と日本—概要と展望』（生活書院、2012 年）16 頁等。

⁹² 障害者権利条約 12 条の起草過程を詳しく解説するものとして、上山泰「現行成年後見制度と障がいのある人の権利に関する条約 12 条の整合性」菅富美枝編著『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）39-116 頁。

支援するための緻密かつ実行可能な枠組みであるとは到底いえない⁹³とする意見がある。また、12条2項は、法的能力は精神能力に依拠してはならないことを示しているが、現行法における能力判定基準は情報を利用し、考量する能力を要求しており、これは障害を有さない者に比べて不当に高度な水準が設定されているとし、さらに最善の利益に基づく決定は、時に「主観的な」利益よりも「客観的な」利益に基づいてなされることがあり、そのように解されると条約の精神・文言に沿わないものとなるとする⁹⁴。

これに対して、MCA2005の規定それ自体は、効果的な支援型意思決定の枠組みを提供しているが、能力判定が法定の手順を経ないまま、インフォーマルな決定が行われていることに問題を指摘する立場もある。すなわち実務の現場においては、ひとたび判断能力がないと判定されたならば、能力の活用よりも保護に傾き、法が要求する最善の利益基準に合致しない決定がしばしばなされており、このような運用によって条約の趣旨が守られていない現状を批判する。その原因は、法的能力を行使するための能力が不十分な者が自ら決定できるようにするために必要な専門家の教育、訓練、時間およびリソースの不足にあるとする⁹⁵。また、現在の法律扶助制度が不十分であることも問題とする。その他、IMCA/IMHA サービス、地方当局の社会福祉部、オフィシャルソリシター、重要な第三セクターへの資金援助が必要であるとする⁹⁶。

5-2. 支援型意思決定に関する議論

障害者権利条約12条は、締約国に対して「障害者が生活のあらゆる側面において他の者との平等を基礎として法的能力（legal capacity）を享有すること」（2項）を保障し、「障害者がその法的能力の行使に当たって必要とする支援を利用する機会を提供するための適当な措置をとる」（3項）ことを要求する。国連障害者権利委員会は、その「障害者権利条約12条に関する一般的意見（General comment）」において、従来の成年後見制度に代表される「代行型の決定（substituted decision-making）」から「支援型の決定（supported decision-making）」への転換を締約国に求めるものであるとの見解を示している⁹⁷。

国連の障害者権利条約事務局は、「支援型意思決定」とは、次のような特徴を有するシステムであるとする。すなわち、「支援型意思決定」は、さまざまな形をとりうるが、意思決定者は本人自身であること、必要であれば、問題を説明し、本人が出すサインや選好を解釈するための支援者が付されることをその基本構造とする。たとえ、障害者本人が決定において完全な支援を要求する場合であっても、本人が、その法的能力を最大限可能な限り

⁹³ Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Concluding observations on the initial periodic report of Hungary, adopted by the Committee at its eighth session, CRPD/C/HUN/CO/1, (2012), para 724 (デンゼル・ラッシュ保護裁判所首席裁判官による意見)。

⁹⁴ Ibid (パーミンガム大学ハーディング博士およびウォーセスター大学ピール教授による意見)。

⁹⁵ Select Committee on Mental Capacity Act 2005, Corrected oral and written evidence on the Mental Capacity Act 2005: post-legislative scrutiny, (2014), p 954.

⁹⁶ Ibid, p 965.

⁹⁷ Committee on the Rights of Persons with Disabilities, “General comment on Article 12: Equal recognition before the law”, CRPD/C/11/4, (2013), para 3.

行使できるような支援が行われなければならない、支援者は、本人の他者に対する気持ちを伝えたり、目の前の選択肢が理解できるように助け、他者に対して、本人にも、興味関心や人生における目標があること、そして法的能力を行使することができる者であることを認識させる手助けをするものとされる。このような「支援型」のシステムは、「代行型」の制度が、本人ではなく後見人が最終的な意思決定を行い、その責任を引き受けるという点で、区別されるとする⁹⁸。

しかし、実際にこの支援型決定をどのような形で実現していくかということについてはイギリスにおいても未だ議論の途中である。

5-3. 法改正の動向

このような議論がなされるなか、政府も当初の見解を改め、条約に適合した法改正の必要性を理解を示している。2014年に公表されたMCA2005の立法後調査報告書において、MCA2005が判断能力を欠く者に対して、適切かつ均衡のとれたセーフガードを用意し、個人の自律および自己決定を保障するものであり、もっぱら障害者権利条約の根底にある精神や価値観と同一線上にあるものの、学界その他2005年法と利害関係を有する者の間で、同法が障害者権利条約に完全に適合していない可能性があるとの指摘がなされるようになってきていることから、2013年末までに同法の見直しを計画していた⁹⁹。本立法後調査において同様に法改正の必要性が提唱されたDoLSについては、すでに法案が作成され¹⁰⁰、国会に提出済¹⁰¹にもかかわらず、条約に適合する法改正に関する進捗状況は、必ずしも明らかではない。

MCA2005のような判断能力の判定によって代行決定の有無を決する枠組みを維持しつつ条約に適合した運用の在り方を模索するべきか、あるいは精神障害者の強制治療の手続きである精神保健法とともにこれを廃止し、条約に沿った新しい枠組みを構築すべきか、政府は選択を迫られている。

以上

⁹⁸ 障害者権利条約公式ウェブサイト UN Enable, Chapter Six: From provisions to practice: implementing the Convention, Legal Capacity and Supported Decision-making. <<http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=242>> [2018/1/1].

⁹⁹ Select Committee on Mental Capacity Act 2005, Corrected oral and written evidence on the Mental Capacity Act 2005: post-legislative scrutiny, (2014), pp 1193 and 1238.

¹⁰⁰ Law Commission, Law Com No.372, “Mental Capacity and Deprivation of Liberty”, (OGL, 2017).

¹⁰¹ 2017年10月30日、政府は、上記最終報告書を受けて、法改正を前向きに検討する旨の暫定的決定 (interim response) を表明、現在進行中の精神保健法の改正作業と並行して手続きを進めることが明らかにされた (Department of Health, “Government Interim Response to the Law Commission Report on Mental Capacity and Deprivation of Liberty”).

第4章 アメリカ合衆国

—第1節 カリフォルニア州—

関東学院大学法学部 教授

志村 武

前提的事項

カリフォルニア州の検認法典(Probate Code)は、第1編「前提的規定および定義」、第2編「総則」、第3編「手続法的総則」、第4編「未成年後見制度(Guardianship)、成年後見制度(Conservatorship)およびその他の保護手続き(Protective Proceedings)」、第4.5編「委任状」、第4.7編「身上監護に関する意思決定(Health Care Decisions)」、第5編「相続手続きによらない遺産承継」、第6編「遺言および無遺言相続」、第7編「被相続人の遺産管理」、第8編「遺産管理によらない遺産処分」、第9編「信託法」、第10編「税の割当て」、第11編「遺言、信託およびその他の文書の解釈」の全11編から成り立っている。

そのうちカリフォルニア州検認法典第4編「未成年後見制度、成年後見制度およびその他の保護手続き」は、第1部「定義および総則」、第2部「未成年者後(Guardianship)」、第3部「成年後見(Conservatorship)」、第4部「未成年者後見と成年後見に共通する規定」、第5部「公後見人」、第6部「配偶者が法的能力を欠く場合における夫婦共有財産の管理および処分」、第7部「成年後見人のいない成年者に対する能力決定および身上監護に関する意思決定」第8部「その他の保護手続き」、第9部「カリフォルニア州統一対未成年者譲渡法」から成り立っている。このうち第1部から第4部までを特に「未成年後見・成年後見法」と呼ぶ(第1400条)。

1. 国連の障害者権利条約への対応

1-1. 同条約の批准の有無、その批准に当たっての「留保条項」はあるか。その内容は

アメリカ合衆国は障害者権利条約について、2009年7月30日に署名しているが、批准はしていない。しかし2017年7月に統一州法委員会によって「統一後見・財産管理及びその他の保護措置法(UNIFORM GUARDIANSHIP, CONSERVATORSHIP, AND OTHER PROTECTIVE ARRANGEMENTS ACT)」が制定された。

この法律は2011年に開催されたアメリカ合衆国第3回全国後見サミット(Third National Guardianship Summit)において障害者権利条約の精神を実質的に取り入れて

作成された「規準および提言(Standards and Recommendations)」¹を反映するために制定されたものであり、本人第一主義や、後見制度の利用は自己決定支援(supported decision-making)や制限的保護措置(limited protective arrangements)などのより制限的でない他に取りうべき方法(less restrictive alternatives)による保護では不十分な場合の最後の手段に限られるという補充性の原則など障害者権利条約の理念を実質的に採用しているものであると評価できる。

この統一後見・保護措置法は2017年夏に制定されたばかりのため、採用州はメイン州1州であり、ニューメキシコ州が採用検討中であるが、全米を代表する数多くの法律家、福祉の専門家などの団体が立法に関与し過去の後見に関する統一法を改良した全米の英知を結集した21世紀の最先端の後見法であり、広く今後のアメリカ各州後見法の模範として採用されることが予想される。

1-2. 同条約第12条の legal capacity について、独特の(条約の)条文解釈がなされているか。特に、権利能力・行為能力の平等の保障について

障害者権利条約を批准すべきだという実務家の間では当然単に権利能力のみならず行為能力の平等も保障すべきだという見解が支配的で、アメリカ合衆国が障害者権利条約を批准していない現段階でも本人の自己決定権、自律性の可及的尊重、より制限的でない他に取りうべき方法の原理などすでにアメリカ法の根底に根付いている基本原理によって、条約が推進する自己決定支援(supported decision-making)の考えなどを判例、学説の解釈や特別法制定を通じて既存の法体系に実質的に取り入れるべきだと考えられており、実際徐々にそのような傾向が強まっていると思われる。一方で、従来 of 伝統的な成年後見制度はほぼ適切に機能していると考え、成年後見制度などの代理制度は一切認められないとすら主張するこのような急進的な立場に反対する実務家も存在する。

1-3. 同条約における障害者への「支援」はどのように理解されているか。特に、判断能力が極めて不十分な人について。また、同条約を前提とした「支援」に関連する新しい特別法はあるか

成年後見制度は代理制度であり代理人が意思決定するが、「支援」においては意思決定するのは本人であるという点が成年後見制度と自己決定支援との根本的、構造的違いである。自己決定支援を推進する立場の標語として「私達のことは私達でなければ何も決定できない(Nothing about us without us)」、「代理ではなくて支援を(Support rather than supplant)」が広く唱えられている。

¹ 志村 武 翻訳「シンポジウム アメリカ合衆国第3回全国後見サミット——最高の基準——アメリカ合衆国第3回全国後見サミットにおける規準および提案——」早稲田法学第89巻第3号〔曾根威彦教授、田口守一教授、田山輝明教授、梅善夫教授、堀龍兒教授 古希祝賀退職記念論集〕283頁—305頁。

1-4. 民法上の後見人等の法定代理制度は、同条約における本人意思の尊重との関連で、どのように位置づけられているか

すでに(1-2.)で述べたように、障害者権利条約が提唱する自己決定支援が従来伝統的に行われてきた法定代理制度や任意代理制度など他人が本人に変わっていわば他己決定する法的枠組みである代理制度に可及的速やかに取って代わるべきである、したがって代理制度は廃止されるべきであるという考えが徐々に強まっているといえよう。

1-5. いわゆる「障害者の欠格条項」に対して再検討がなされているか。なされている場合には、その理念は何か。選挙権、国家公務員・地方公務員になる資格等。弁護士や医師についてはどうか

たとえば次の選挙権のように成年被後見人となるとある権利ないし資格について自動的に欠格とされるということはないが、当該資格について規定する個々の特別法における非常に限定的な要件の下に、例外的に欠格とされることは依然として見られる状況にあると考えられる。

選挙権については、検認法典第 1910 条が「第(a)項 裁判所が成年被後見人は、合理的配慮の有無にかかわらず、投票過程に参加したいという希望を伝えることができないと決定したときは、裁判所は選挙法典(the Elections Code)第 2208 条または第 2209 条に従って、命令により成年被後見人を投票につき欠格としなければならない。第(b)項 成年被後見人は、投票者登録の宣誓供述書を完成するために、以下の(1)(2)(3)のうちどれかを実際に行う必要があるまたは行う必要があるだろうと思われるという理由に基づいては、投票につき欠格とされてはならない。(1) 選挙法典第 2150 条第(b)項に従って投票者登録の宣誓供述書に記号または十字形によって署名すること。(2) 選挙法典第 354.5 条に従って投票者登録の宣誓供述書に署名スタンプの方法によって署名すること。(3) 選挙法典第 2150 条第(d)項に従って投票者登録の宣誓供述書を他人の助けを借りて完成すること。(4) 選挙法典第 2150 条第(d)項に従って投票者登録の宣誓供述書を合理的な配慮を受けて完成すること。」と規定して、「原則としては欠格事由ではない。例外的に欠格事由となる」ということを非常に緻密な要件の下に明らかにしている。

弁護士や医師についても、カリフォルニア州で長い経歴をもつ現地調査に協力してくれた実務家に問い合わせたところ、「私の知る限り自動的に欠格事由となることはないし、そのような法律は存在したことがない。人は様々な理由から成年被後見人となるのであり、当該資格を維持できるのであれば、成年被後見人となったことが自動的に欠格事由となることはない。その上で成年被後見人が当該資格をもつというのは大変異例なことだと思われる。」²、「例外的に選挙権は剥奪されることはあるけど、公務員については剥奪することはない。成年被後見人が働けるのなら、被用者となることは禁じられないのが普

² 筆者のメールでの質問に対する、後見実務に豊富な経験をもつサンフランシスコのナンシー・ラッシュ弁護士の回答。

通。成年被後見人は自分自身の賃金を管理することができる。資格に基づく専門職については、通常は資格団体に成年後見開始の通知を行わない。しかし免許の更新時期になると研修を受けないので、更新できないことが普通。働くことができる位に健康な人は成年後見を利用しない。なお、成年被後見人は銃、ピストルなどの小火器を所有することはできない。」³、「成年被後見人は絶対に投票権につき欠格とならない。働くことができるのなら、成年後見人を付されるべきではない。」⁴というほぼ一致した見解が得られた。

2. 最近、成年後見に関連する法律の改正はあったか

2-1. 特に、民法についてはどうか

カリフォルニア州には 1872 年に制定された、実質的に第 1 編「人」、第 2 編「物」、第 3 編「債権債務関係」、第 4 編「総則」からなる取引法の基本法典としての民法典が存在する。しかし、第 1 編「人」第 1 部「精神障害者」は 32 ヶ条のうち、第 38 条「完全に判断できない者はいかなる種類の契約を締結する能力も有さないが、その者やその者の家族の扶養のために必要なその者に提供された物については合理的な価値の範囲内において責任を負う」、第 39 条(第 a 項)「精神障害であるが完全に判断できないとはいえない者の財産権移転やそれ以外の契約で、その者が法的に無能力であると決定される以前になされたものは、第 3 編第 2 部第 5 章第 2 節(第 1688 条以下)に規定されているとおり、取消可能である」、第 40 条「(第 a 項) 検認法典第 1871 条の制約内において、また福祉・施設法典第 5 編第 1 部(第 5000 条以下)の制約内において、無能力が法的に決定された後において精神障害者は、その能力が回復されるまでは、いかなる財産権移転もそれ以外の契約もすることができず、またいかなる権限の委譲も権利の放棄もすることはできない。(第 b 項) 検認法典第 1873 条から第 1876 条を含む規定の制約内において、検認法典第 4 編(第 1400 条以下)による成年後見開始は、本条における成年被後見人の法的無能力の決定である。」などの 4 ヶ条を除く 28 ヶ条が 1993 年までに廃止されているように、実際には実行力ある規制の大部分を特別法に委ねてほとんど機能していない法典である(なお 3 編「債権債務関係」第 2 部「契約」第 1 章「契約の性質」第 2 節「当事者」第 1557 条は「(第 a 項) 未成年者の契約締結能力は家族法典第 11 編(第 6500 条以下)の適用を受ける。(第 b 項) 精神障害者の契約締結能力は第 1 編第 1 部(第 38 条以下)の適用を受ける。」と規定している。)

2-2. 社会保障法の隣接領域での法改正はあったか

カリフォルニア州「福祉・施設法典」(Welfare and Institutions Code)第 9 編「公的
社会福祉事業」第 3 部「医療補助」第 11 章に収められている「高齢者虐待および成年被

³ 筆者のメールでの質問に対する、カリフォルニア州で 38 年間精神保健の分野で公務員として従事し、オレンジ郡、サンタクララ郡で公後見人を務められたルーシー・リオン氏の回答。

⁴ 筆者のメールでの質問に対する、後見実務に豊富な経験をもつサンフランシスコのスーザン・ミツナー弁護士の回答。

扶養者民事保護法(Elder Abuse and Dependent Adult Civil Protection Act)」（第 15600 条以下）が 1991 年に旧法を改正して整備された。この法律は高齢者や成年被扶養者に身体的・金銭的虐待など一定の虐待やそのおそれがあることを知った場合に施設の職員や金融機関に対して警察機関、地域オンブズマン、州の部局、郡成年者保護サービス機関などへの通報義務を課して虐待防止を図るとともに、一定の刑罰のもとに開示範囲を限定した守秘義務を課して被害者や通報者のプライバシーを守っている。

2-3. 同条約批准後において、上記以外で、成年後見関連法律の制定又は改正はあったか。例えば、選挙法の改正など。(1-3. 以外で)

1-1. のとおり、アメリカ合衆国は障害者権利条約を批准していない。

2-4. 高齢者の取引参加について成年後見制度以外でも配慮がなされているか。特に、消費者保護法との関連ではどうか

アメリカ法では日本法や大陸法のように原則としてすべての取引形態について適用される一般法としての消費者契約法という法典は存在せず、たとえば次のカリフォルニア州の例に見るように、定年後の高齢者のケア付き住居賃貸契約など具体的な取引形態ごとに必要に応じて消費者保護規定が制定されている。

アメリカには、高齢者が健康時から介護・医療が必要となる時期まで継続的にケアや生活支援サービスを受けながら生涯学習や社会活動などに参加する共同体として CCRC (Continuing Care Retirement Community) が 1,970 ヲ所存在し、高齢者用の施設や住宅の約 9% を占めているが、カリフォルニア州では消費者保護の視点から厳格に対応していると評価されている⁵。すなわち、カリフォルニア州「健康・安全法典」第 2 編「許可規定」の第 10 章「継続的ケア契約」(Continuing Care Contract) は許可された業者と終の住処に入居した高齢者との賃貸借契約の相当性を担保するための最低限の基準を定めた 10 節からなる法律であり、契約解除の要件と効果を規定する第 1788.2 条など、州の社会福祉部事業局を当該契約の監督官庁とする高齢居住者保護規定を置いており、まさに高齢者の取引参加に配慮した消費者保護法の具体例として挙げるができる。

さらに、一般に 65 歳以上の高齢市民や身体的・精神的障害者が加害者による刑事、民事の違法行為によって財産的損害を負った場合に、①加害者が被害者が高齢市民や障害者であることを知っていた又は知ることができたかどうか、②主たる住居、主な職業もしくは収入源の喪失又はそれに対する担保物権の設定などの制限の付加があったかどうか、退職後あるいは自分もしくは家族の扶養のための財産の実質的喪失があったかどうか、年金や退職金や政府給付金又は高齢者や障害者の健康や福祉のために欠くべからざる財産の実

⁵ 齊藤 広子・中城 康彦「アメリカ・カリフォルニア州における CCRC の居住の安定のための行政関与と運用実態」都市住宅学 95 号 88 頁、89 頁。

質的喪失があったかどうか、③高齢市民や障害者が社会のその他の者よりも、劣った健康状態、虚弱性、理解の減退、移動可能性の制限、障害によって加害者の行為の被害に遭いやすく、加害者の行為により実際に相当の身体的、感情的又は経済的損害を被ったかどうか、という要素を考慮して、裁判所はその裁量により当該要素がなかったときに科す罰金、民事罰、その他の制裁金の三倍を上限とする「三倍賠償(treble damages)」を科すことができる(カリフォルニア州民法第4編総則 第1部救済 第2章金銭賠償による救済 第2節損害賠償の算定 第3款刑罰的損害賠償 第3345条「高齢市民又は障害者に対する行為」)。この三倍賠償の制度により抑止的効果が働き、高齢者が消費者被害に遭わずに取引参加できることが一定程度担保されていると評価できる。

3. 法定成年後見(人)制度の機能について

3-1. 法人後見、複数後見は認められているか。それらは、よく機能しているか。認められていない場合は、その理由

カリフォルニア州においては、検認法典(Probate Code)の第1編「前提的規定および定義」56条が「本法において『人』とは自然人、法人、政府、政府の部局もしくは機関、ビジネス・トラスト、財産、信託、組合、有限責任会社、社団、その他の法主体をいう。」として明文で法人後見を認めている。さらに第4編「未成年後見(guardianship)、成年後見(conservatorship)およびその他の保護手続き(protective proceeding)」第2104条は一定の要件のもとに非営利慈善法人が未成年後見人・成年後見人として選任されうることを規定している。また第2105条は未成年後見(guardianship)においても成年後見(conservatorship)においても、また身上監護についても財産管理についても、複数後見人、すなわち2人以上の共同後見人(joint guardians, joint conservators)を選任できることを明文で規定している(第a項)。共同後見人の権限は単独後見人の権限と同じであり(第b項)、共同後見人が2人であるときは2人とも権限行使について一致して同意しなければならない(第c項(1))、3人以上であるときは過半数が同意しなければならない(第c項(2))。

カリフォルニア州の検認法典第2104条は、一定の要件のもとに「非営利慈善会社(nonprofit charitable corporation)」が身上監護、財産管理のいずれか一方または両方のための未成年または成年の後見人に選任されうることを明文で認めている。

また、カリフォルニア州において公後見人制度が整備されている(第2900条～第2953条)が、公後見人(public guardian, public conservator)は州を構成する最小単位の行政区画である郡(county)が後見人となるものであり⁶、法人後見の一種であるといえる。

さらに、成年後見の申立ての内容に関する第1821条において、後見人候補者として「銀行」や「信託会社の業務を行うことを許可された存在(entity)」という言葉が用いら

⁶ Judicial Council of California "Handbook for Conservators, 2106 Revised Edition", G-14.

れ、成年後見人が権利義務に関する通知の受領について認証書(acknowledgement)を提出しなければならないとする第 1834 条においても「信託会社」や「公後見人」を除いた成年後見人は当該提出義務を負うと規定されている。

カリフォルニア州内のすべての郡において公後見人制度が存在し、また福祉目的で設立された非営利慈善会社や営利目的で財産管理を行う銀行や信託会社の業務を行う法人も無数に存在することに鑑みると法人後見は大きな機能を果たしていると評価できる。

3-2. 資産の少ない人の成年後見制度の利用について配慮されているか。利用料の補助がある場合（例えば、生活補助費として）には、その基準はどのようなものか

カリフォルニア州では、資産が少なく報酬や費用が払えない人に対する補助制度は存在しない。資産が少ない人や家族や友人などに後見人のなり手がいない人については公後見人(public guardian)が付される。高齢者虐待やセルフネグレクトが原因で貧困状態にある人に対して公後見人が付けられることが多い。公後見人の報酬、費用については州から公費で支弁される。なお、通常、家族が成年後見人になる場合には報酬を受け取らない。後見制度に対してより制限的でない他に取りうべき方法としての代替策が可及的に利用されており、後見制度はそのような代替策がない場合にのみ補充的に利用される。本人が認定高齢者施設(skilled nursing home, SNK)に入所する場合には、健康・安全法典の規定によって入所にあたって成年後見人が選任されることは求められていない。

3-3. 裁判所が関与する正式な成年後見ではなく、親族などによる事実上の成年後見は行われているか。その場合に、「介護」の領域を超えて財産の処分等を行う場合に、関係者は、「違法」であると意識しているか

カリフォルニア州での調査協力者に問い合わせたところ、「裁判所による成年後見制度を利用する以外に、より制限的でない他に取りうべき方法として、身上あるいは財産に関する任意後見制度や信託などの代替策が存在している。成年後見人ではなく、任意後見人や信託の受託者でもない家族が判断能力がない本人の財産を処分することはできない。通常、不動産処分は権原保証会社を通して行われ、当該不動産の処分をする者は自分が当該不動産処分権限を有していることを証明しなければならない。権限なくしてまたは権原保証会社を通さずになされた不動産処分は詐欺により無効となりうる。」という見解⁷、「成年の子どもに代わって実際に意思決定する家族はおそらく多いと思われる。しかし、成年後見制度を利用せずに意思決定することはできず、当該意思決定は違法である。」という見解⁸が示された。

⁷ 筆者のメールでの質問に対する、後見実務に豊富な経験をもつサンフランシスコのナンシー・ラッシュ弁護士の回答。

⁸ 筆者のメールでの質問に対する、後見実務に豊富な経験をもつサンフランシスコのスーザン・ミツナー弁護士の回答。

3-4. 成年後見人の報酬について、特別な公的配慮がなされているか。そのための特別法はあるか。ある場合には、報酬の基準についても。(3-2.) 以外について

カリフォルニア州検認法典第4編「未成年後見、成年後見およびその他の保護手続き」第4部「未成年後見と成年後見に共通の規定」第8章「未成年後見人、成年後見人および弁護士報酬」には第2640条～第2647条の10カ条の規定が置かれている。

未成年後見人も成年後見人も、裁判所へ財産目録と財産評価書の提出後に、後見人身分証明書発行後90日が経過していれば、裁判所に対して報酬額とその被後見人の財産からの支払いを命じる報酬命令の発行を申し立てることができる(財産後見人について第2640条、身上後見人について第2641条)。

カリフォルニア州検認法典第4編「未成年後見、成年後見およびその他の保護手続き」第4部「未成年後見と成年後見に共通の規定」第7章「財産目録と会計」第3節「会計」の第2623条「未成年後見人と成年後見人の報酬と費用」は、後見人の費用と報酬について一般的な基準を定めている。すなわち、合理的な費用(第a1項)、裁判所が正当かつ合理的と決定する報酬(第a2項)、後見人選任以前になされたすべての合理的な支出(第a3項)、本人死亡以外の任務終了の場合は終了後裁判所による解任前になされたすべての合理的な支出(第a4項)、本人死亡による任務終了の場合は終了後裁判所による解任前になされた遺産の管理保全および人格代表者(遺贈相続の場合の遺言執行者、無遺言相続の場合の遺産管理人)への遺産引渡しのための、または法律の規定によるその他の遺産処分における、すべての合理的な支出(第a5項)のすべてに対して後見人は権利を認められるが、被後見人本人からなされた、または被後見人を代理してなされた申立て、要求、行為に反対し失敗に終わった結果にかかった費用については、裁判所が当該反対は本人の最善の利益に基づいて誠実になされたと決定しない限りは、被後見人の財産から支払いを受けてはならないとしている。本人の申立て、要求、行為に反対した場合、原則として費用や報酬が認められないという規定からも、本人意思、本人の自己決定権、本人の自律性の最大限の尊重、そしてまた、本人の申立て、要求、行為に従って失敗した場合には費用、報酬を受け取れるということから、代行判断決定法理が原則として最善の利益に優先する⁹というアメリカ法の原則が伺えるといえる。

また、財産的虐待防止のために財産管理を行った公後見人についても、後任の財産後見人が選任された場合には、財産保存のための合理的な費用と合理的な報酬について被後見人の財産からの支払いが認められる(第2641条)。

⁹ 志村 武「アメリカ合衆国の成年後見法における成年後見人の意思決定基準としての代行判断決定法理と最善の利益基準の関係—各州制定法の類型化と新学説の登場—」田山輝明先生古稀記念論文集『民事法学の歴史と未来』(成文堂)531頁-558頁。

4. 成年後見人の権限について

4-1. 身上監護の範囲はどのように定められているか。具体的に

カリフォルニア州においては、検認法典の第4編「未成年後見、成年後見およびその他の保護手続き」の第1部から第4部の「未成年後見・成年後見法」が法定後見制度として位置づけられる未成年後見制度と成年後見制度の基本法典である。検認法典の第4.5編「委任状」のうちの第4124条、第4125条、第4126条、第4127条、第4206条、第4304条、第4305条が任意後見制度（持続的委任状(durable power of attorney)。統一持続的委任状法を採用したもの）、4.7編「身上監護に関する意思決定」が医療を含む健康上のケア(health care)、すなわち身上監護について規定している。また、第4編「未成年後見、成年後見およびその他の保護手続き」の第3部「成年後見」の第5章は「選挙権喪失」、第6章は「不妊手術」を規定し、第4部は「未成年後見と成年後見に共通の規定」（このうち第5章が「身上に関する未成年後見人または成年後見人(Guardian or Conservator of the Person)の権利義務」、第6章が「財産に関する未成年後見人または成年後見人(Guardian or Conservator of the Estate)の権利義務」)、第5部は「公後見人」について規定している。したがって一般的に成年後見人の身上監護に関する権限について規定しているのは第4編第4部第5章ということになる。

第4編第4部第5章第2351条は、未成年後見人および特にその権限を裁判所によって個別に制限されていない成年身上後見人の権限（権利・義務）を「世話(care)、保護監督(custody)、支配(control)、教育義務(charge of education)」としている。このうち支配の権限の内容は、訪問者に会うこと、電話とメールを受信することには原則として及ばない（これらの個人的な権限は原則として被後見人本人に留保される）とされている。

その権限が裁判所によって個別に制限された成年身上後見人(limited conservator)は、「世話、保護監督、支配」について制限された権限をもつ(第2351.5条第(a)項(1))。制限された成年身上後見人は、被後見人が最大限に自己依存と自立を發展させることを助けるために、適切である限りにおいて、社会復帰や治療のための訓練、教育、医療・心理学的サービス、社会的・職業的機会を被後見人に保障しなければならない(第2351.5条第(a)項(2))。とくに選任申立てにおいて求められ、裁判所が選任命令において個別に許可する場合を除いて、①被後見人の住所や特定の住宅を定めること、②被後見人の秘密記録・書類にアクセスすること、③被後見人の婚姻または同棲開始について同意すること、④被後見人の契約締結権、⑤被後見人の医療上の同意権または当該同意権の撤回権、⑥被後見人自身の社会的性的接触・関係をコントロールする権利、⑦被後見人の教育に関する決定、については制限された成年身上後見人は権限を有しない(第2351.5条第(b)項)。また制限された成年身上後見人、被後見人、被後見人の親族または友人は制限された成年身上後見人の権限を加除する変更を事件が係属する裁判所に対して申し立てること、当該申立てに反対することができる。第(b)項の制限された成年身上後見人の権限の個別許可に加除の変更が生じたときは、裁判所は当該変更を反映した制限された成年身上後見人の権限に関

する文書を新たに発行しなければならない(第 2351.5 条第(c)項)。

4-2. 成年後見人に医療代諾権は認められているか。親族についてはどうか

カリフォルニア州においては、検認法典第 4 編第 4 部第 5 章「身上後見人の権利義務」の第 2354 条は「インフォームド・コンセントを提供する能力を欠くとの審判を受けていない成年被後見人に対する医療(medical treatment)」について規定し、第 2355 条は「身上監護(health care)に関する意思決定をする能力を欠くとの審判を受けている成年被後見人に対する医療」について規定している。

すなわち第 2354 条第(a)項は「成年被後見人が医療に対するインフォームド・コンセントを提供する能力を欠くとの審判を受けていない場合には、成年被後見人は自分になされる医療に対して同意することができる。成年後見人もまた当該医療に対して同意を与えることができるが、成年被後見人が医療に対してインフォームド・コンセントを与える能力を有するときは成年後見人の同意は要求されず、成年被後見人が当該医療に対して反対するときは本項における成年後見人の同意のみでは十分ではない。」として原則として成年被後見人本人の意思が優先することを規定している。その上で、同条第(b)項は「第 2357 条(裁判所の命令による医療)によりとくに当該医療を許可する裁判所の命令が得られた場合には、成年被後見人が医療に対して同意するか否かにかかわらず、成年後見人は成年被後見人に対して医療を受けるように要求することができる。」として、裁判所の命令があるときは成年後見人の判断が成年被後見人の意思に優先することを規定している。さらに同条第(c)項は「(1)激しい苦痛の緩和のために当該医療が必要とされる、(2)成年被後見人は直ちに診断と治療を受けなければ重大な障害または死亡に至る医的状態にあるという理由で、医療が必要とされる緊急事態である旨の医的助言に基づいて、当該事態は緊急事態であると成年被後見人が善意で決定したいかなる場合においても、成年後見人は成年被後見人に対して医療が実施されることに同意し、成年被後見人に対して医療を受けるように要求することができる。このような場合には、成年後見人の同意のみで十分であり、いかなる者も当該医療が成年被後見人に対して成年被後見人の同意なくして実施されたことを理由として責任を負わない。」として、緊急事態には成年被後見人の意思にかかわらず成年後見人の判断で成年被後見人に対する医療への同意や実施を行うことができることとそれに伴う免責について規定している。

第 2355 条第(a)項は「成年被後見人が身上監護に関する意思決定をする能力を欠くとの審判を受けている場合には、成年後見人は自ら医的助言に基づいて、善意で必要だと決定した身上監護に関する意思決定を成年被後見人に代わってする排他的な権限を有する。成年後見人は、いかなるものであれそれが存在しているときには成年被後見人の個人的な身上監護に関する指示に、またその他の希望に、成年後見人が知っている限り一致するように、身上監護に関する意思決定を成年被後見人に代わってしなければならない。それ以外の場合には、成年後見人は成年被後見人の最善の利益だとの自らの決定に一致するように

当該意思決定をしなければならない。成年被後見人の最善の利益の決定にあたっては、成年後見人は、成年後見人が知っている限り成年被後見人の個人的な価値を考慮に入れなければならない。成年被後見人が反対するか否かにかかわらず、成年後見人は成年被後見人に対して、当該身上監護を受け入れるように要求することができる。この場合には、成年後見人によってなされた身上監護に関する意思決定のみで十分であり、いかなる者も当該身上監護が成年被後見人に対して成年被後見人の同意なくして実施されたことを理由として責任を負わない。本項の目的のために、『身上監護(health care)』と『身上監護に関する意思決定(health care decision)』はそれぞれ第 4615 条と第 4617 条に規定されている意味を有する。」として、本人自ら意思決定できない場合の医療を含む身上監護に関する意思決定における成年後見人による代理とその方法について、代行判断決定法理が最善の利益基準に優先することを規定している。

第 2355 条第(a)項に関連して、4.7 編「身上監護に関する意思決定」第 4615 条は「身上監護」について「身上監護とは、患者の身体的・精神的状態を維持する、診断する、またはそれ以外に影響を与える、あらゆる世話、処置(treatment)、サービス、手続きを意味する。」と身上監護について非常に広く規定し、それにともなって第 4617 条は「身上監護に関する意思決定」について「身上監護に関する意思決定とは、次の(a)、(b)、(c)を含む、患者または患者の任意後見人、成年後見人もしくは代理人によってなされる、患者の身上監護に関する意思決定を意味する。

(a) 身上監護の提供者・施設を選択し、解雇・解約すること。

(b) 診断上の検査、外科的処置、および投薬計画の承認または不承認。

(c)人工栄養・水分補給、および『心肺機能回復法』を含む、その他のすべて形態の身上監護の提供、見合わせ、撤回の指図。」と規定している。

さらに第 2355 条第(b)項は「成年後見を開始する前に、成年被後見人が、その教義と実践が治癒のために祈禱のみに頼ることを求める宗教の信者になっていた場合には、本状の規定に基づいて成年後見人が要求する処置(treatment)は、当該宗教の正当な信仰治療師によるものでなければならない。」として、成年被後見人が祈禱以外の医療などの身上監護を禁じている宗教の信者であるという特殊な場合について、アメリカ合衆国が人種のるつぼといわれる他民族社会であることを背景として、成年被後見人の信教の自由に最大限配慮した具体的な規定を置いている。

カリフォルニア州検認法典第 4 編「未成年後見制度、成年後見制度およびその他の保護手続き」の第 3 部「成年後見 (Conservatorship)」第 4 章「成年被後見人の法的能力」第 2 節「医療に対してインフォームド・コンセントを提供する能力」における第 1880 条（裁判所の決定、命令）は、「裁判所が、成年被後見人がいかなる形態の医療についてもインフォームド・コンセントを提供する能力をもたないと決定したときは、裁判所は(1)成年被後見人は医療についてインフォームド・コンセントを提供する能力を欠くと審判し、(2)命令によって、当該身上成年後見人に第 2355 条において特定されている権限を与

えなければならない。本条において命令がなされたときは、当該成年後見人証には当該成年後見人は第 2355 条において特定された権限を有しているという陳述が含まなければならない。」と規定している。

また、カリフォルニア州の検認法典の第 4 編「未成年後見、成年後見およびその他の保護手続き」第 4 部「未成年後見制度と成年後見制度に共通の規定」第 5 章「身上後見人の権利義務」が一般的に成年後見人の身上監護に関する権限について規定しているが、その第 2356 条は「本章の適用制限」について「被後見人はその意思に反して、本編の精神保健治療施設に収容されてはならない。精神保健治療施設への民事強制収容は、カリフォルニア州福祉・施設法典(Welfare and Institutions Code)第 5 編第 1 部第 2 章(第 5150 条以下)または第 3 章(第 5350 条以下)に従ってのみなされうる。本項の規定は、福祉・施設法典第 6000 条によって未成年後見人が当該条文に規定されているとおりに申し立てることによって被後見人を州立病院に収容することを妨げない。」と規定し、精神障害者の民事収容については特別法である福祉・施設法典の規定によることにしている。実験目的試用薬(同条第(b)項)、電気痙攣法やその他あらゆる手段によって引き起こされた痙攣による精神療法、インスリンによる梗塞治療などを含む痙攣療法(同条第(c)項)、についても福祉・施設法典によって同様の扱いがなされている。同条第(d)項は未成年者への不妊手術を禁じている。最後に同条第(e)項は本章すなわち第 5 章「身上後見人の権利義務」の全規定に対して、「身上監護に関する意思決定法(Health Care Decisions)」(第 4.7 編)(第 4600 条以下)の下で有効に作成され効力を有している「身上監護に関する事前指示(advance health care directive)」(第 4605 条)の規定が優先することを規定している。

さらに、「認知症、保護施設への入所、投薬、手続き」について規定する第 2356.5 条は、(1)認知症の者はその特有、かつ、特別の必要を満たすために成年後見を利用すべきであること、(2)認知症の者にために、通常の見認法に基づく成年後見に権限を付け加えることにより、認知症の者の特有、かつ、特別の必要を満たすことができ、成年被後見人、その家族、州および郡政府の費用を削減し、成年被後見人の基本的尊厳と権利を保障すること、(3)向精神薬の投薬は介護者により濫用されてきたし、今後もその可能性があるから、認知症治療のために向精神薬の投薬を許可する権限を成年後見人に与えるには本条が特定する保護が必要であるという認識が立法者意思であること、を立法者は認識し宣言すること(第 a 項)、他の法律の規定にかかわらず、成年後見人は成年被後見人を、健康・安全法典(Health and Safety Code)第 1569.698 条によって運営され、カリフォルニア州行政命令集第 22 章第 87705 条の要件を充足するケアプランを有する、高齢者用の外辺部監禁居住世話施設へ入所させることを一定の要件の下で許可することができること(第 b 項)、他の法律の規定にかかわらず、成年後見人は認知症の世話と治療に適切な向精神薬の投薬を、一定の要件の下で許可することができること(第 c 項)、本条の下で行動する権限を求める申立ては原則として第 2357 条の適用を受けること、を規定している。

4-3. 医療代諾に関するリビングウィル制度はあるか。それは、うまく機能しているか。リビングウィルを活用する場合に、ドイツのように裁判所や医師は関与することになっているか

カリフォルニア州においては、「リビングウィル(living will)」は法令用語ではないが、一般にカリフォルニア州において「リビングウィル」とは「人が人工的な生命維持装置という手段による自らの生命維持に関して指示する『身上監護に関する事前指示書(a written advance health care directive)』」と定義されている¹⁰。

この定義の中に含まれている「身上監護に関する事前指示(advance health care directive)」は法令用語であり『身上監護に関する事前指示(advance health care directive)』または『事前指示(advance directive)』とは、個人的な身上監護に関する指示または身上監護のための持続的委任状のいずれかを意味する(第 4605 条)と規定されている。また、「身上監護に関する意思決定法」(第 4.7 編)の第 4670 条は、「個人的な身上監護に関する指示」は口頭でも文書でもよいと規定している。したがって、「リビングウィル」とは「身上監護に関する事前指示」のうち、特に終末期医療において生命維持装置を利用するか否かに関して指示された、文書で書かれたものを意味することになる。

このような解釈により、「リビングウィル」については基本的に「身上監護に関する意思決定法(Health Care Decisions)」(第 4.7 編)(第 4600 条以下)の下で有効に作成され効力を有している「身上監護に関する事前指示(advance health care directive)」(第 4605 条以下)の規定が適用されることになる。

したがって、リビングウィル制度はカリフォルニア州において存在していることになる。

カリフォルニア州において、リビングウィルとして機能している身上監護に関する事前指示の法定書式が、第 4701 条に規定されている。この書式は、任意後見人に対して「人工栄養・水分補給、および『心肺機能回復法』を含む、その他のすべて形態の身上監護の提供、見合わせ、撤回の指図」(第 4701 条 説明部分第 d 項)、「解剖組織の贈与、検屍解剖の許可、遺体処分の指示」(第 4701 条 説明部分第 e 項)の権限を与えることができると明文で認めている。

また第 4701 条の書式第 2 部「身上監護に関する指示」では、任意後見人によらず本人が直接に、(1)比較的短期に死亡に至る治療不可能または回復不能な状態にあること、(2)意識不明状態にあり医学的に回復しないと予想されること、(3)治療継続によって予想される不利益が利益を上回ることのいずれかの要件の下に、医師など医療提供者に対する生命維持を望まないこと(2.1)(a)、死亡時期を早めることになっても痛みや不快感を除去する治療がなされること(2.2)、の意思決定を指示することを明文で認めている。

同様に、第 4701 条の書式第 3 部「死亡時における臓器提供」においては、任意の選択

¹⁰ Judicial Council of California "Handbook for Conservators, 2106 Revised Edition", G-11.

によって、臓器提供がなされること、その場合に(1)移植、(2)治療、(3)研究、(4)教育のうち、選択された単数または複数の目的のためには臓器移植は認められないことの意味決定を指示することもできることを明文で認めている。

この第 4701 条の書式は作成後に、一定の利益相反関係にない適格の証人 2 人によって署名されるか、公証人によって確認されなければならない。また作成者は署名され完成された書式の写しを医師や身上監護提供者、身上監護提供施設、身上監護任意後見人に与えなければならない。また作成者はこの書式をいつでも撤回し、差し替えることができる。

4-4. 成年後見人の医療代諾権の行使にあって裁判所の関与（許可等）は必要か。その際、どのような基準が設けられているか。（4-3.）以外の場合

第 2357 条は「裁判所の命令による医療(medical treatment)」について規定し、「被後見人が第 2252 条（一時的な未成年後見人と一時的な成年後見人の権利および義務）、第 2353 条（未成年被後見人に対する医療）、第 2354 条（インフォームド・コンセントを提供する能力を欠くとの審判を受けていない成年被後見人に対する医療）、第 2355 条（「身上監護(health care)に関する意思決定をする能力を欠くとの審判を受けている成年被後見人に対する医療」）によっては実施されることが許されない医療を必要とする場合において、被後見人が当該医療についてインフォームド・コンセントを提供することができないときは、未成年後見人や成年後見人は本条により、当該医療を許可する命令および未成年後見人や成年後見人が被後見人に代わって当該医療に同意する命令を求めて裁判所に申し立てることができる(第 b 項)」とし、また裁判所は一定の要件の下で、未成年被後見人や成年被後見人に対する薦められた医療過程を許可する命令および未成年後見人や成年後見人が未成年被後見人や成年被後見人に代わって薦められた医療過程に同意することを許可する命令を、未成年被後見人や成年被後見人のために出すことができる(第 h 項)としている。さらに、裁判所は、未成年後見人、成年被後見人、その他の利害関係人の申立てにより、未成年後見人または成年後見人が、特定の医療が未成年後見人や成年後見人に行われることを獲得もしくはそれに同意し、または特定の医療が未成年後見人や成年後見人に行われることを獲得し、かつ、それに同意することを命令することができる(第 i 項)。

4-5. 成年被後見人のプライバシーは、どのように保護されているか。郵便物の管理・開封（信書の秘密）など

郵便物の管理・開封（信書の秘密）に関して検認法典は直接の明文の規定を置いていないが、この問題を解釈する際に参照すべき規定として検認法典第 4 編「未成年後見制度、成年後見制度およびその他の保護手続き」第 3 部「成年後見制度」第 4 章「成年被後見人の能力」第 1 節「成年後見の下にある財産を拘束し義務づける能力」第 1871 条「本節の規定によって制限されない権利」と検認法典第 4 編「未成年後見制度、成年後見制度およびその他の保護手続き」第 4 部「未成年後見および成年後見に共通する規定」第

6章「財産に関する未成年後見人と成年後見人の権利および義務」第4節「財産管理権限一般」第2451条「債権および給付金の取立て」が挙げられる。

第1871条は、この節の規定が成年被後見人に対して、(a)与えられた小遣いに対する権利、(b)一定の賃金または俸給に対する権利、(c)遺言をする権利、(d)自らならびに自らの配偶者および子どもに生活必需品を提供し、自らの同棲者に一定の基本的生活費を提供するために相当な取引きをする権利、のうちいかなるものをも否定するように解釈されてはならない、と規定する。このことから遺言をする権利など一身専属的な権利や人が生活する上でどうしても必要な権利は原則として成年後見の下にある成年被後見人に対しても不可侵の権利として認められていると考えられる。本人に一身専属的なプライバシー権もこのような権利に含まれると類推解釈することができる。

また第2451条は「未成年後見人または成年後見人は、未成年被後見人または成年被後見人およびその財産に対して支払われるべき債権および給付金を取り立てることができ」と規定している。なお、第2450条第(a)項は、裁判所の許可が必要であるとの明文の規定がない限り、成年後見人の権限行使には裁判所の許可は要らないと規定している。

したがって、成年被後見人のプライバシー権と成年後見人の債権取立などの財産管理権との調和の観点から、成年後見人はその権限である債権や給付金の取立権限を行使する際に必要な限りにおいて、裁判所の許可なくして成年被後見人に送られた郵便物を管理・開封できると解釈できるのである。

カリフォルニア州の実務においては、成年被後見人が自宅を離れて施設や病院に入居している場合には、郵便物を成年後見人に再配達させることが行われている。成年被後見人が自宅に住んでいる場合および成年後見人に再配達された場合には、郵便物を個人的な信書とその他の財産管理に関する請求書、給付金や債務弁済の通知に分けて、個人的な信書は開封せずに成年被後見人に渡し、それ以外の財産管理に関する郵便は成年後見人が開封できるとされている。施設では、自分宛の信書に対する入居者の権利を認める規則が制定されているところが多い。

『カリフォルニア州成年後見ハンドブック（1999年版）』（スーザン・ハウス著）は郵便物について次のように述べている。

「郵便物の中には、成年被後見人のみに関心をもつものと身上成年後見人にとっての有益な通信や財産成年後見人の財産管理にとって必要な文書を含むものがある。成年被後見人が能力を有するときには、自らの判断能力を使って自分宛の郵便物を読むべきであることは明らかである。成年被後見人が自宅を離れており、自宅が空き家になっている場合には、速やかに郵便を成年後見人に転送する措置と新聞の購読中止の措置がとられるべきである。成年被後見人が自宅にとどまっている場合には、通常は仕事関係の郵便だけが成年後見人に転送されることになる。財産成年後見人は商店、代理人、賃借人およびその他同様の関係にある者に対して、今後郵便は成年後見人宛てにというお願いと共に、成年被後見人の法的地位に変更があったことと成年後見人の宛先を通知するべきである。」

11。

郵便物の管理・開示におけるプライバシーの保護以外にも、カリフォルニア州の成年後見実務においては随所に成年被後見人や成年後見人のプライバシーに対する配慮がみとられる。

たとえば、裁判所調査官(court investigator)は成年後見手続きの開始時(第 1826 条第(c)項)にも、成年後見が開始した後の定期審査時(第 1851 条第(b)(2)項、第(e)項)にも被相続人の現状を調査して裁判所に報告書を提出するが、当該報告書の開示については、被後見人の利益に資する場合に裁判所の裁量で認められる場合を除いては、厳重な制限が課せられている。

成年被後見人の死後における記録開示についても、「任意代理人の義務履行に必要な限りにおいて」と必要性による制限が課せられている(任意後見人の死後の事務に関する 7-3. 参照)。

なお、成年後見人のプライバシーに対する配慮もなされていることが伺える検認法典上の規定として、成年後見人が権利義務に関する通知の受領について認証書を提出しなければならないとする第 1834 条第 b 項が存在する。そこでは「裁判所が当該秘密の保持を担保する場合に限り、裁判所は受領認証書に、成年後見人の生年月日、運転免許証がある場合にはその番号、が含まれるよう求めることができる。」とされ、裁判所による秘密保持の担保を条件に対して情報開示を求めることを認めている。

高齢者虐待に関連して、1985 年 11 月 15 日にカリフォルニア州司法長官が「州の長期ケアオンブズマンが長期ケア施設入所者である高齢者虐待被害者の身元を高齢者虐待通報法の規定に基づいて警察機関に対して開示することは、当該被害者が同意した場合または裁判所の命令が当該開示を許可した場合を除いては、許されない。」という意見を出している(68 Ops. Cal. Atty. Gen. 313) が、カリフォルニア州においては 30 年以上も前から成年後見の実務全体にわたって成年被後見人のプライバシー保護の徹底を図っていることの表れとあっていい。

また、高齢者虐待通報法の改正後の現行法である 1991 年制定の「高齢者虐待および成年被扶養者民事保護法」(第 15600 条以下)は、高齢者や成年被扶養者に身体的・金銭的虐待など一定の虐待やそのおそれがあることを知った場合に施設の職員や金融機関に対して警察機関、地域オンブズマン、州の部局、郡成年者保護サービス機関などへの通報義務を課して虐待防止を図るとともに(第 15630 条、第 15630.1 条)、第 15633 条から第 15637 条まで 5 カ条からなる「第 4 節守秘義務」を設けて、一定の刑罰のもとに開示範囲を限定した守秘義務を課して被害者や通報者のプライバシーを守っている。

¹¹ 4-5. の以上の記述については、ルーシーリ・リオン氏のご教示によるものである。

4-6. 成年被後見人の死亡直後の成年後見人の事務処理権限。成年後見人は葬式に関する費用を出す権限を有するか

検認法典は成年後見人の葬式に関する費用を出す権限について、直接に「葬式」という言葉を用いた規定を置いていない。しかし、以下に見るように、被後見人の死亡と遺産処分に関する規定、成年後見人の費用報酬請求に関する規定、成年後見人から死者の人格代表者への遺産引継ぎに関する規定から直接的、間接的に当然認められていると考えられる。

すなわち、カリフォルニア州検認法典第4編「未成年後見、成年後見およびその他の保護手続き」第4部「未成年後見と成年後見に共通の規定」第7章「財産目録と会計」第4節「後見終了時の会計」の「未成年被後見人または成年被後見人の死亡、遺産処分」に関する第2631条第a項「未成年被後見人または成年被後見人の死亡に際して未成年後見人または成年後見人は、死亡した未成年被後見人または成年被後見人の支配下にあったあらゆる人的財産から、死亡した未成年被後見人または成年被後見人の死亡の原因となった病気と遺体処分について契約し、それにかかった費用のうち合理的な額を支払うことができ、また裁判所が認めた弁護士報酬のうち未払のものについて支払うことができ、ならびに未成年被後見人または成年被後見人の死亡の前後に発生した未成年後見または成年後見の未払費用の全部または一部のうち、合理的な範囲内について支払うことができる。」の「遺体処分」に葬式は含まれるので成年後見人は葬式に関する費用を出す権限を有していると考えられる。

また、以下の二つの規定からも間接的に成年後見人は葬式に関する費用を出す権限を有していると考えられる。

すなわち、後見人の費用と報酬について一般的な基準を定めている第2623条「未成年後見人と成年後見人の報酬と費用」の第a5項は、本人死亡による任務終了の場合は終了後裁判所による解任前になされた遺産の管理保全および人格代表者（遺贈相続の場合の遺言執行者、無遺言相続の場合の遺産管理人）への遺産引渡しのための、または法律の規定によるその他の遺産処分における、すべての合理的な支出に対して後見人に費用、報酬を認めている。また、「死者の成年後見人または未成年後見人から人格代表者への遺産引継ぎ、会計の参照による組み込み、信頼」について定める第10902条も「人格代表者が死亡した成年被後見人の成年後見人や死亡した未成年被後見人の未成年後見人から遺産を受領した場合には、人格代表者は死者の成年後見人や未成年後見人によって提供された死亡日以後の期間のあらゆる会計を参照によって組み込むことができ、人格代表者は後見人など他の受認者による会計を信頼する権利を有し、当該会計において報告されている取引について独自に調査し証明する義務を負わない。」と規定していることから、成年後見人は成年被後見人の死亡直後、相続人に相続財産を引き継ぐまでは合理的な範囲内において遺産の管理保全など当然に事務処理権限を有し、葬式費用についても遺産の管理保全費用に含まれると考えられる。

5. 成年後見に関する制度の在り方

5-1. 成年後見における親族の位置づけ。一定の範囲の親族には後見人を引き受け義務等があるか

親族には後見人の引き受け義務は存在しない。もともと検認法典第 1810 条は、成年被後見人候補者は自ら成年後見人候補者を指名することができ、裁判所はそれが成年被後見人の最善の利益ではないと考える場合を除いては原則として当該指名に従わねばならないとしている。また第 1811 条は成年被後見人候補者の配偶者、同棲者、成年の子ども、兄弟姉妹は成年後見人候補者を指名することができるとしている。さらに第 1812 条は、成年後見人の選任は裁判所の裁量によって決まり、当該選任は成年被後見人候補者の最善の利益だと思われるものによって導かれなくてはならないとした上で、裁判所が同順位の候補者だと考える場合には、成年被後見人候補者の①配偶者または同棲者、②成年の子どもまたは当該子どもが指名した者、③親または当該親が指名した者、④兄弟姉妹または当該兄弟姉妹が指名した者という優先順位を定めている。

5-2. 弁護士、公証人等には、後見人の引き受け義務はあるか。例えば、オーストリア法のような基準はあるか

弁護士、公証人等には、後見人の引き受け義務は存在しない。しかし多くの州において報酬を稼ぐためにビジネスとして成年後見人に選任されようとする弁護士が見られるのは事実である。(5-1.)、(5-2.) を通じて、裁判所は被後見人となる者の最善の利益を考えて成年後見人候補者の適格性を判断することになる。実際には裁判所は利益相反がないかといった両当事者の関係や両当事者が知り合ってからどれ位経つかなどを考慮して選任しているといわれている。

5-3. 公的成年後見の位置づけはどうなっているか。福祉関連行政の一般的位置づけ、行政による後見はあるか。例えば、ドイツの官庁後見のような制度はあるか

カリフォルニア州において公後見人制度が整備されている(第 2900 条～第 2953 条)が、公後見人(public guardian, public conservator)は州を構成する最小単位の行政区画である郡(county)が後見人となるものであり、行政機関が公的成年後見を行う法人後見として位置づけられる。カリフォルニア州内の郡に住所を有する者が身上・財産の未成年後見人または成年後見人を付することがその者の最善の利益であるにかかわらず、適任者で後見人になることを厭わない者がいない場合に、本人の健康・安全や財産に対する緊急の危険があるときまたは裁判所から命じられたときは義務的に、それ以外の場合には任意的に公後見人は本人の後見人に選任されるための申立てを行う(第 2920 条)。公後見人の業務に関する合理的な費用と正当かつ合理的な報酬は裁判所の承認のもとで決定され、本人の財産から支弁される(第 2902 条、第 2430 条、第 2942 条)。

5-4. (公的ないし公益的な) 成年後見センターが、県もしくは市町村等の地域に設置されているか

公的業務として高齢者や成年被扶養者のために直接働く職員（支援職員、支持職員を含む）からなる、州を構成する行政区画である郡の福祉部局である「成年者保護サービス機関(adult protective services agency)」(福祉・施設法典第 15610.13.条)が、高齢者や成年被扶養者の虐待防止のために事実上の法人後見人として（公的ないし公益的な）成年後見センターの機能を果たしていると評価できる。

5-5. 他害の危険性を含む精神障害者の後見について、特別な配慮がなされているか。措置入院や医療保護入院の場合における成年後見人の役割（同意、任務等）はどうなっているか

カリフォルニア州においては、今まで見てきた検認法典が一般的な未成年後見制限と成年後見制度について規定しているのに対して、他害の危険性を含む精神障害者の後見に特化した強制的民事収容などのための精神保健法上の後見制度について、ランターマン・ペトリス・ショート法(The Lanterman-Petris-Short Act)という精神保健法が規定している。

したがって、カリフォルニア州の成年後見制度は一般的な「検認法典上の成年後見制度(Probate Court Conservatorship)」と強制的民事収容などのための精神保健法である「LPS 上の成年後見制度(LPS Conservatorship)」の二つが存在していることになる。LPS 上の成年後見制度は検認法典上の成年後見制度よりも少数である¹²。

今まで見てきた検認法典が一般的な未成年後見制限と成年後見制度について規定しているのに対して、他害の危険性を含む精神障害者の後見に特化した後見制度について、カリフォルニア州においてはランターマン・ペトリス・ショート法という特別法が存在している。

ランターマン・ペトリス・ショート法については、カリフォルニア州ロサンジェルス郡上位裁判所のホームページ¹³において次のような要領のよい概説がなされているので以下にまとめとして紹介することとする。

「ランターマン・ペトリス・ショート法(LPS)は、カリフォルニア州の精神保健施設に本人を強制的民事収容する取扱いについてガイドラインを提供するものである。この法律はカリフォルニア州下院議員のフランク・ランターマン、カリフォルニア州上院議員のニコラス・C・ペトリスとアラン・ショートが共同起草し、1967年にロナルド・レーガン知事の署名によって法律として成立し、1972年7月1日に施行された。ランターマン・ペトリス・ショート法はアメリカ合衆国における現代の精神保健施設収容手続きの嚆矢と

¹² ルーシーリ・リオン氏のご教示による。

¹³ <http://www.lacourt.org/division/mentalhealth/MH0017.aspx> (2018年3月26日最終確認)

なった法律である。

1967年ランターマン・ペトリス・ショート法の立法趣旨は、

- ・精神保健上の疾患、発達障害、慢性的アルコール中毒症をもつ者に対する不適切な、不
定期の、強制的な施設収容を終了させ、法的行為能力の欠陥を除去すること
- ・精神保健上の疾患をもつ者または慢性的アルコール中毒症により減損した者に対する迅
速な評価と治療を提供すること
- ・公衆の安全を保証し保護すること
- ・司法審査によって個人の権利を防護すること
- ・重度の障害を負った者に対する成年後見プログラムによって個々人の特性に応じた治
療、監督、入所サービスを提供すること
- ・これらの目的を達成し、サービスの重複と不必要な支出を回避するために、すべての現
存する行政機関、専門職員および公的資金を完全に活用することを奨励すること
- ・精神保健上の疾患をもつ者と発達障害をもつ者を犯罪行為から守ること

ランターマン・ペトリス・ショート法はカリフォルニア州福祉施設法典の一部分をなしている。この法律は福祉施設法第5編に収められており第5000条以下の章と節によって成り立っている。」。

なお、ランターマン・ペトリス・ショート法が検認法典の成年後見制度の特別法として位置づけられることについては、次のような明文規定が置かれている。

すなわち、すでに「4. 成年後見人の権限について」の「(2) 成年後見人に医療代諾権は認められているか。親族についてはどうか。」で述べたように、カリフォルニア州の検認法典の第4編「未成年後見、成年後見およびその他の保護手続き」第4部「未成年後見制度と成年後見制度に共通の規定」第5章「身上後見人の権利義務」が一般的に成年後見人の身上監護に関する権限について規定しているが、その第2356条は「本章の適用制限」について「被後見人はその意思に反して、本編の精神保健治療施設に収容されてはならない。精神保健治療施設への民事強制収容は、カリフォルニア州福祉・施設法典(Welfare and Institutions Code)第5編第1部第2章(第5150条以下)または第3章(第5350条以下)に従ってのみなされうる。本項の規定は、福祉・施設法典第6000条によって未成年後見人が当該条文に規定されているとおり申し立てることによって被後見人を州立病院に収容することを妨げない。」と規定し、精神障害者の民事収容については特別法である福祉・施設法典の規定によることにしている。実験目的試用薬(同条第(b)項)、電気痙攣法やその他あらゆる手段によって引き起こされた痙攣による精神療法、インスリンによる梗塞治療などを含む痙攣療法(同条第(c)項)、についても福祉・施設法典によって同様の扱いがなされている。同条第(d)項は未成年者への不妊手術を禁じている。

福祉・施設法典(Welfare and Institutions Code) 第5編 地域社会の精神保健サービス 第1部は、以下に見るようにランターマン・ペトリス・ショート法(The Lanterman-Petris-Short Act)と呼ばれ、特に精神障害者に対する民事収容や治療、成年後見制度について規定する検認法典の特別法である。第2章(第5150条以下)は「強制的治療」について、また第3章(第5350条以下)は「重度障害者に対する成年後見制度」について規定している。第5350.条は「選任」について「身上に関する、財産に関する、または身上および財産に関する成年後見人は、精神保健上の疾患または慢性アルコール中毒症による減損の結果によって、重大な障害を負っている者に対して選任されることができ」と規定している。また、第5350.1条は「成年後見制度の目的」について「本条に規定されている成年後見制度の目的は、個々人の特性に応じた治療、監督および入所を提供することにある。」と規定している。

6. 後見制度の利用に際しての裁判所の関与の仕方について

6-1. 広義の成年後見(法定後見、任意後見)に関する福祉行政との任務分担はどうなっているか

アメリカ合衆国においても日本と同様に、一般に福祉行政が本人の最善の利益のために他の諸機関・制度と連携をとる福祉のネットワークの中で行われていることから、福祉行政は広義の成年後見(とくに法定後見)のより制限的でない他に取りうべき方法、すなわち代替策として、または法定後見や任意後見の補完策として機能しているといえる。さらに、福祉部局自体が法人後見人となることが認められている。

カリフォルニア州においては、たとえば、公的業務として高齢者や成年被扶養者のために直接働く職員(支援職員、支持職員を含む)からなる郡の福祉部局である「成年者保護サービス機関(adult protective services agency)」(福祉・施設法典第15610.13.条)は高齢者や成年被扶養者の虐待防止のために事実上の法人後見人として機能していると評価できる。

6-2. どのような裁判所が手続きを担当しているか。家族裁判所、簡易裁判所等。1裁判所が管轄する地域の人口はどの程度か¹⁴。

カリフォルニア州においては、検認法典(probate code)が遺言検認だけでなく遺産相続関係一般、さらに未成年後見、成年後見を含む後見制度一般について規定しており、後見手続きを担当する裁判所は検認裁判所(probate court)と呼ばれている。カリフォルニア州には58郡あり、それぞれの郡に一つの検認裁判所が置かれている。何百万人も人口の多い大きな郡では検認事件だけを担当する複数の検認裁判官が存在する制限的管轄権のみ

¹⁴ 後見実務に豊富な経験をもつロサンジェルスウィリアム・ザルツヴェーデル弁護士、ルーシー・リオン氏、ナンシー・ラッシュ弁護士とスーザン・ミツナー弁護士の現地調査の際およびその後のメールでのご教示による。

をもつ検認裁判所が置かれているが、人口 2~3,000 人という人口の少ない小さな郡では検認事件のみを取り扱う専属の検認裁判官はおらず、一般的管轄権をもつ第一審の事実審裁判所の裁判官が検認事件の他に他の民事事件や刑事事件も担当する。たとえば東京 23 区の人口合計よりも多い 1,000 万人弱の人口をもつロサンジェルス郡の制限的管轄権をもつ検認裁判所には 3 人の検認裁判官が存在している。地理的にシリコンバレーの大半を含む人口 180 万人弱のサンタクララ郡においては、検認事件のみを扱う制限的管轄権をもった裁判所は存在せず、第一審の事実審裁判所として一般的管轄権を有するサンタクララ上位裁判所(superior court)がすべての刑事事件(重罪、軽罪、交通違反切符)、すべての民事事件(家族法、検認、少年、その他の民事事件)、さらに控訴審裁判として簡易裁判所事件および訴額が 2 万 5,000 ドル以下のその他の民事事件の控訴事件、軽罪の控訴事件を担当している¹⁵。サンタクララ郡では上位裁判所が検認事件を担当する場合に検認裁判所と呼ばれることになる。

6-3. 裁判所の手続利用の前に何らかの前置手続きがあるか。オーストリアのクリアリング(行政による必要性のチェック)のような制度はあるか¹⁶

カリフォルニア州においても当該制度は存在している。成年後見人選任手続きの審理が開始される前に、裁判所調査官(court investigator)が成年被後見人候補者を訪問して面談を行う。裁判所調査官は成年被後見人候補者に法的にどのような手続上の権利が保障されているか説明する。面談後に裁判所調査官は、成年被後見人候補者が成年後見開始自体に反対しているのか、自ら成年後見人になることを申し立てた成年後見人候補者の受け入れに反対しているのかについて決定を行う。裁判所調査官は成年被後見人候補者のみならず、成年後見人候補者、その家族、ソーシャルワーカーや友人や成年者保護サービス機関(adult protective services agency)など介護に携わる者とも面談を行う。面談後に裁判所調査官は面会によって自ら認定した事実について詳細に記録し成年後見の必要性について助言する報告書を裁判所に提出する。なお、裁判所調査官の報酬はいったんはカリフォルニア州の財源から支弁されるが、当該支弁は最終的には成年被後見人の財産から償還される。

したがって、実際問題として、成年後見はまさに最後の手段として利用されており、その必要性がかなり明らかでない段階で成年後見手続きが開始されることはほとんど見られないのである。

¹⁵ "Overview of the State Court System" in the Superior Court of California County of Santa Clara http://www.sccourt.org/general_info/community/courtsystem.shtml (2018 年 3 月 23 日最終確認)

¹⁶ ナンシー・ラッシュ弁護士、ウィリアム・ザルツヴェーデル弁護士、ルーシーリ・リオン氏の現地調査の際およびその後のメールでのご教示による。

6-4. 上記の成年後見センターが設置されている場合（上記5-4.）において、裁判所との連携はどうなっているか

裁判所と直接の連携関係にあるのはカリフォルニア州の各郡に設置されている公後見人事務所である。成年者保護サービス機関(adult protective services agency)(福祉・施設法典第 15610.13.条)は通常、裁判所と直接に連携することはないが、たとえば公後見事務所の求めによって争いのある成年後見人選任手続きにおいて証人となったり、裁判所の職員である裁判所調査官(court investigator)¹⁷ に情報を提供することによって、間接的に裁判所と連携する（裁判所調査官の守秘義務については4-5. 参照）。

各郡に存在する公後見人事務所は公的な成年後見センターであり、成年後見人のなり手がいない場合に裁判所によって公後見人として成年後見人に選任されるので、このことから成年後見センターは裁判所と密接に連携しているといえる。

7. 任意後見制度の採用の有無

7-1. 民法上の「後見のための委任契約」も可能か。可能である場合には、法定後見との関連はどうなっているか

カリフォルニア州の検認法典(Probate Code)の第 4.5 編「委任状(Powers of Attorney)」は広く委任状一般について規定しているが、本人の意思無能力時に代理権が消滅しない持続的委任状(durable power of attorney)(第 4018 条)による持続的委任契約は後見のための委任契約であり、ここでの任意代理は任意後見に、任意代理人は日本法上の任意後見人に相当するものである。

任意後見と法定後見の関連については、カリフォルニア州上、任意後見が存在する場合に財産管理に関する法定後見が開始したときは、法定後見と任意後見は併存し、任意後見人は本人と同様に成年後見人に対しても会計説明責任を負う。法定後見人が任意後見を解除または任意後見人の権限を修正するには裁判所の命令が必要とされている(第 4206 条)。この任意後見が存在する場合に例外的に法定後見を開始するときにも任意後見を存続させようとする姿勢には、本人の意思、自己決定権、自律性を可及的に尊重するというアメリカ法の基本的な考え方がみて取れる¹⁸。

なお、そもそも法定後見人を選任することができるのは、任意後見などより制限的でない他に取りうべき方法である代替策が利用できない(not available)場合に限られる(第 1821 条第(a)第(3)項)という補充性が明文で規定されている。したがって、任意後見が存在していても、それが正常に機能していない場合には例外的に法定後見が開始することがあるのである。

¹⁷ 現地調査に協力いただいたナンシー・ラッシュ弁護士によれば、サンフランシスコ郡には5人の裁判所調査官がおり（小さな郡では1人のところもある）、後見手続き開始時と後見開始後2年ごとに行われる定期審査にあたって被後見人の現状を確認する報告書を裁判所に提出する。

¹⁸ 志村 武「成年後見法における任意後見と法定後見の関係—アメリカ法から日本法への示唆を求めて—」私法 第 63 号 299 頁～306 頁（私法学会発表要旨）。

7-2. 任意後見に関する特別法（規定）が定められているか。民法典中に定められている場合も含む

カリフォルニア州の検認法典(Probate Code)の第 4.5 編「委任状(Powers of Attorney)」が後見のための委任契約について規定しているが、この規定のうち持続的委任状による持続的委任契約が、法定後見制度に対して実質的に任意後見制度として機能している。

またカリフォルニア州の検認法典の第 4.7 編「身上監護に関する意思決定(Health Care Decisions)」の第 1 部「定義および一般規定」の第 4605 条は「『身上監護に関する事前指示(advance health care directive)』または『事前指示(advance directive)』とは、個人的な身上監護に関する指示または身上監護のための持続的委任状(durable power of attorney for health care)のいずれかを意味する」(第 4605 条)と規定し、身上監護のための持続的委任状が身上監護に関する事前指示に含まれるとしている。その上で、第 4629 条は「『身上監護のための持続的委任状』とは、本人に代わって身上監護に関する意思決定をする代理人を指名する文書を意味する。」と身上監護のための持続的委任状の定義を明らかにしている。また同編の第 2 部「統一身上監護意思決定法(Uniform Health Care Decisions Act)」の第 1 章「身上監護に関する事前指示(advance health care directive)」の第 2 節「身上監護のための持続的委任状」の第 4682 条は、身上監護のための持続的委任状に他の規定がなされていない限り、任意代理人の権限は、本人が意思能力を欠くとの決定に基づいてのみ発効すると規定し、本人の意思無能力を停止条件として任意代理人の権限が発効するとしている。これは意思能力のある限り可及的に本人自らがリスクをとって自らの事務を代理人に頼らず行うべきだという、アメリカ法の特徴である本人の自己決定権ないしは自律性を最大限尊重する考えによるものだと評価できる。

7-3. 同契約において、葬式などについての取り決め（死後の事務について）がなされているか

カリフォルニア州の検認法典の第 4.7 編「身上監護に関する意思決定(Health Care Decisions)」の第 2 部「統一身上監護意思決定法(Uniform Health Care Decisions Act)」の第 1 章「身上監護に関する事前指示(advance health care directive)」の第 2 節「身上監護のための持続的委任状」の任意代理人の権限を規定する第 4683 条第(b)項は、「任意代理人は本人の死後に効力を発生する、以下の事柄を含む意思決定をすることができる。

- (1) 統一解剖組織贈与法〔健康・安全法典(Health and Safety Code)第 7 編第 1 部第 3.5 章(第 7150 条以下)〕に基づく処分をすること、
- (2) 健康・安全法典第 7113 条に基づいて検屍解剖の許可をすること、
- (3) 健康・安全法典第 7100 条に基づいて遺体処分の指示をすること、
- (4) 代理人が本編において規定されている自らの義務を果たすために必要な限度において、本人の記録公開を許可すること」と規定しており、一定の死後事務についての

権限を任意代理人は明文で認められている。

7-4. 日本の福祉サービス利用援助事業（社会福祉法に基づく事業、所管は厚生労働省）のような法定代理権を伴わないサービス（契約に基づくサービス）があるか

法定代理を伴わない福祉サービス事業としてカリフォルニア州法の明文上確認できる事業としては、カリフォルニア州「福祉・施設法典」(Welfare and Institutions Code) 第5編「地域社会精神保健サービス」第2部「ブロンザン・マッコーコデイル法」第2.5章「新たな計画構想」第2節に収められている「ホームレス精神障害者のための地域支援制度(Community Support System for Homeless Mentally Disabled Persons)」(第5680条—第5688.6.条までの10カ条)が挙げられる。この制度はホームレスまたはホームレスになる恐れのある精神障害者に対する地域社会における福祉サービス制度で、本人が必要とする衣食住、収入や健康の確保、職業訓練などを提供する。ホームレスが存在する郡がその地域の公後見人事務所と契約して本人の収入の受領・管理、公的給付金の申請などのサービスを行うが、このサービスは本人が成年後見制度を利用しているか否かにかかわらず、本人の同意のもとに提供されるものである。日本法的枠組みで説明すれば、法定後見の枠組みを利用せずに事実上の後見サービスを提供する、郡と当該地域の公後見人事務所との間でホームレス精神障害者に福祉サービスを提供するために締結される「第三者のためにする契約」であるといえよう。

8. その他、成年後見に関して、当該国に独特な制度はあるか

カリフォルニア州検認法典第2編「総則」第19部「成年被後見人、未成年者、高齢者、被扶養成年者、信託、被相続人の遺産その他の者に属すると主張されている財産の譲渡又は移転」の第859条「成年被後見人、未成年者、高齢者、被扶養成年者、信託、被相続人の遺産に属する財産の、害意による、害意による不当威圧を用いた又は高齢者もしくは被扶養成年者への財産的虐待実行による、不法な取得、隠匿又は処分に対する救済」は「人が、成年被後見人、未成年者、高齢者、被扶養成年者、信託、被相続人の遺産に属する財産を、害意によって不法に取得し、隠匿し、処分し、又は害意による不当威圧を用いて、又は福祉・施設法典第15610.30条の規定する高齢者もしくは被扶養成年者への財産的虐待の実行によって、当該財産を取得し、隠匿し、処分したと裁判所が認定したときは、その者はこの部に基づく訴訟によって回復される当該財産の価値の二倍に対して責任を負わなければならない。加えて、福祉・施設法典第15657.5条の規定を含む、法によって別段の要求がなされている場合を除いて、その者は、裁判所の裁量により、相当な弁護士報酬及び費用について責任を負うことができる。本条において規定されている救済は、この部によって訴訟を提起する権限をもつ者に対して法律上利用できる他のあらゆる救済に加算されなければならない。」と規定し、成年被後見人などが被害者となる横領などの財産被害に対して実損害の二倍の損害賠償である「二倍賠償(double damages)」

を、被害者救済を超えて、加害者に対する懲罰と他への見せしめの見地から認めている。

さらに、2-4. でみたように、一般に 65 歳以上の高齢市民や身体的・精神的障害者が加害者による刑事、民事の違法行為によって財産的損害を負った場合に、①加害者が被害者が高齢市民や障害者であることを知っていた又は知ることができたかどうか、②主たる住居、主な職業もしくは収入源の喪失又はそれに対する担保物権の設定などの制限の付加があったかどうか、退職後あるいは自分もしくは家族の扶養のための財産の実質的喪失があったかどうか、年金や退職金や政府給付金又は高齢者や障害者の健康や福祉のために欠くべからざる財産の実質的喪失があったかどうか、③高齢市民や障害者が社会のその他の者よりも、劣った健康状態、虚弱性、理解の減退、移動可能性の制限、障害によって加害者の行為の被害に遭いやすく、加害者の行為により実際に相当の身体的、感情的又は経済的損害を被ったかどうか、という要素を考慮して、裁判所はその裁量により当該要素がなかったときに科す罰金、民事罰、その他の制裁金の三倍を上限とする「三倍賠償 (treble damages)」を科すことができる(カリフォルニア州民法第 4 編総則 第 1 部救済 第 2 章金銭賠償による救済 第 2 節損害賠償の算定 第 3 款刑罰的損害賠償 第 3345 条「高齢市民又は障害者に対する行為」)。

カリフォルニア州において成年被後見人や高齢者、障害者に対する財産的虐待を根絶するために認められている二倍賠償と三倍賠償に関する上記の規定は、成年後見人による横領行為の防止が大きな課題になっている現在の日本の成年後見制度にとって比較法的に大いに学ぶべき規定であることを指摘して本報告書を終えることとする。

[謝 辞]

アメリカ合衆国における本調査研究の実施にあたり、アメリカ法律教会・法と高齢化委員会副局長のエリカ・F・ウッド氏(Ms. Erica F. Wood, Assistant Director of American Bar Association) に筆者がニューヨーク州、カリフォルニア州において面談させていただいたすべての調査研究協力者のご紹介をいただいた。ここに記して各調査研究ご協力者とともにエリカ・F・ウッド氏に深謝の意を表したい。

以 上

第4章 アメリカ合衆国

—第2節 ニューヨーク州—

関東学院大学法学部 教授

志村 武

前提的事項

ニューヨーク州の後見法としては2つの制定法が存在している。すなわち、一般的な成年後見制度については精神保健法第81章(Article 81 of the Mental Hygiene Law)

「身上監護又は財産管理の後見人の選任手続き(Proceedings for Appointment of a Guardian for Personal Needs or Property Management)」が規定し、特に知的障害(intellectually disabled)や発達障害者(developmentally disabled)に対する後見制度については検認後見裁判所手続法第17-A章(Article 17-A of the Surrogate Court Procedure Act)「知的障害者及び発達障害者の後見人」が規定している。

前者は審理、裁判所による調査、弁護士なくして何人も意思決定能力を剥奪されないとし、本人は最も制限的でない他に取れべき方法の原則により必要最低限の能力のみ制限されるという補充性や必要性など本人保護のための手続的保障が行き届いている模範的な法律である。

後者は伝統的に障害を持つ子の保護を図るための福祉的な制度として考えられており、後見人選任の際に弁護士を付けたり本人審理することを必要とせず、また原則として後見人の権限が制限されない全面的な後見が一生涯にわたって付されることが予定されているなど手続保障がない点が問題とされている。

本報告書では模範的な成年後見法として原則として前者の精神保健法第81章の後見制度について紹介することとしたい。

精神保健法第81.01条は立法事実の認定と立法目的について次のように規定している。

「立法者はここに無能力者の必要性は、それが当該個人に特有のものであるのと同様に多様で複雑であることを認定する。現行の財産管理人制度(conservatorship)と心神喪失者補佐人制度(committee)はこれらの必要性を満たすべき柔軟性を提供していない。伝統的に財産についてのみ本人の権利を制限する財産管理人制度は必要な救済を提供するには不十分であることが多い。他方で裁判所による無能力者認定と烙印と市民的権喪失を伴う心神喪失者補佐人制度は伝統的にしばしば過度にわたる不必要な剥奪を包含する。さらに、一定の人は身上監護や財産管理の必要性を満たす際に何らかの形態の支援を必要とするが、身上監護、財産管理のいずれにおいても徹底的な救済は必要としていない。立法者は無能力者にとってその必要性を満たす際に支援するが、同時に無能力者ができる範囲で

自立し自己決定することを許す最も制限的でない形態の介入を利用可能とすることが無能力者にとって望ましく利益になると認定する。本法は、本人の個人的な必要に適合するように調整された方法で無能力者の身上監護ないしは財産管理の必要性を適切に満たし、本人の個人的な願望、選好、欲求に配慮し、自己の人生に影響を与えるすべての意思決定における最大限の自立(independence)と自己決定と参加を本人に可能にする後見制度を確立することにより、もって公共の福祉を推進することを目的とすると立法者は宣言する。」

上記の精神保健法第 81.01 条の最後の文に明示的に表現されているように、ニューヨーク州において模範的とされる後見制度の趣旨は、全面的な後見制度ではなく本人の個人的な願望、選好、欲求に配慮した部分的な制限された後見制度(Limited Guardianship)であり、すべての意思決定において可及的最大の自立と自己決定と参加を本人に可能にする後見制度であるといえる。下にみるように、アメリカ合衆国は 2006 年 12 月 13 日に第 61 回国連総会において採択された障害者権利条約を批准していないが、1993 年 4 月 1 日に施行されたニューヨーク州の精神保健法第 81.01 条が、法定代理としての後見制度を前提としつつも、早くも「一定の人は身上監護や財産管理の必要性を満たす際に何らかの形態の『支援(assistance)』を必要とするが、身上監護、財産管理のいずれにおいても徹底的な救済は必要としていない。立法者は無能力者にとってその必要性を満たす際に『支援(assists)』するが、同時に無能力者ができる範囲で自立し自己決定することを許す最も制限的でない形態の介入を利用可能とすることが無能力者にとって望ましく利益になると認定する。」(二重カッコは筆者が加筆)と明文で「支援」について規定し、部分的に必要な範囲での「支援」が最も制限的でない形態の介入によって与えられるべきであると指摘している。障害者権利条約の「支援(support)」と同義語の「支援(assist)」という概念が障害者権利条約が採択される 13 年以上も前に早くもニューヨーク州法において導入されていたという事実は、ニューヨーク州法上の成年後見制度がいかに時代を先取りするものであるかを示すものとして特筆に値すると思われる。

1. 国連の障害者権利条約への対応

1-1. 同条約の批准の有無、その批准に当たっての「留保条項」はあるか。その内容は

アメリカ合衆国は障害者権利条約について、2009 年 7 月 30 日に署名しているが、批准はしていない。

しかし 2017 年 7 月に統一州法委員会によって「統一後見、財産管理及びその他の保護措置法(UNIFORM GUARDIANSHIP, CONSERVATORSHIP, AND OTHER PROTECTIVE ARRANGEMENTS ACT)」が制定された。

この法律は 2011 年に開催されたアメリカ合衆国第 3 回全国後見サミット(Third National Guardianship Summit)において障害者権利条約の精神を実質的に取り入れて

作成された「規準および提言(Standards and Recommendations)」¹を反映するために制定されたものであり、本人第一主義や、後見制度の利用は自己決定支援(supported decision-making)や制限的保護措置(limited protective arrangements)などのより制限的でない他に取りうべき方法(less restrictive alternatives)による保護では不十分な場合の最後の手段に限られるという補充性の原則など障害者権利条約の理念を実質的に採用しているものであると評価できる。

この統一後見財産管理及びその他の保護措置法は2017年夏に制定されたばかりのため、採用州はメイン州1州であり、ニューメキシコ州が採用検討中であるが、全米を代表する数多くの法律家、福祉の専門家などの団体が立法に関与し過去の後見に関する統一法を改良した全米の英知を結集した21世紀の最先端の後見法であり、広く今後のアメリカ各州後見法の模範として採用されることが予想される。

1-2. 同条約第12条の legal capacity について、独特の(条約の)条文解釈がなされているか。特に、権利能力・行為能力の平等の保障について

障害者権利条約を批准すべきだという実務家の間では当然単に権利能力のみならず行為能力の平等も保障すべきだという見解が支配的で、アメリカ合衆国が障害者権利条約を批准していない現段階でも本人の自己決定権、自律性の可及的尊重、より制限的でない他に取りうべき方法の原理などすでにアメリカ法の根底に根付いている基本原理によって、条約が推進する自己決定支援(supported decision-making)の考えなどを判例、学説の解釈や特別法制定を通じて既存の法体系に実質的に取り入れるべきだと考えられており、実際徐々にそのような傾向が強まっていると思われる。一方で、従来 of 伝統的な成年後見制度はほぼ適切に機能していると考え、成年後見制度などの代理制度は一切認められないとすら主張するこのような急進的な立場に反対する実務家も存在する。

1-3. 同条約における障害者への「支援」はどのように理解されているか。特に、判断能力が極めて不十分な人について。また、同条約を前提とした「支援」に関連する新しい特別法はあるか

成年後見制度は代理制度であり代理人が意思決定するが、「支援」においては意思決定するのは本人であるという点が成年後見制度と自己決定支援との根本的、構造的違いである。自己決定支援を推進する立場の標語として「私達のことは私達でなければ何も決定できない(Nothing about us without us.)」、「代理ではなくて支援を(Support rather than supplant.)」が広く唱えられている。

すでに前提的事項で述べたように、障害者権利条約の「支援(support)」と同義語の

¹ 志村 武 翻訳「シンポジウム アメリカ合衆国第3回全国後見サミット——最高の基準——アメリカ合衆国第3回全国後見サミットにおける規準および提案——」早稲田法学第89巻第3号〔曾根威彦教授、田口守一教授、田山輝明教授、梅善夫教授、堀龍兒教授 古希祝賀退職記念論集〕283頁—305頁。

「支援(assist)」という概念が障害者権利条約が採択される16年も前に早くもニューヨーク州の成年後見法である精神保健法第81.01条において導入されていたという事実は、ニューヨーク州法上の成年後見制度がいかに時代を先取りするものであるかを示すものとして特筆に値すると思われる。

1-4. 民法上の後見人等の法定代理制度は、同条約における本人意思の尊重との関連で、どのように位置づけられているか

すでに(1-2.)で述べたように、障害者権利条約が提唱する自己決定支援が従来伝統的に行われてきた法定代理制度や任意代理制度など他人が本人が変わっていわば他己決定する法的枠組みである代理制度に可及的速やかに取って代わるべきである、したがって代理制度は廃止されるべきであるという考えが徐々に強まっているといえよう。

1-5. いわゆる「障害者の欠格条項」に対して再検討がなされているか。なされている場合には、その理念は何か。選挙権、国家公務員・地方公務員になる資格等。弁護士や医師についてはどうか

選挙権については、一般にニューヨーク州においては「無能力(incapacity)」に対して本人が権利行使できない限りにおいてのみ本人は当該権利を行使することが制限され、その限りにおいて後見人が当該権利行使を行う権限をもつ「制限された後見制度(limited guardianship)」ないしは「部分後見制度」が行われているが、ニューヨーク州憲法上は無能力者に対する選挙権についての制限規定は置かれていない。しかし、選挙法上は「無能力である(incompetent)」と審判された者は選挙人名簿に登録されることが許されない²。

すなわち、ニューヨーク州憲法第2編第3節(2001年改正)は「賄賂罪またはあらゆる破廉恥罪について有罪決定を受けた者」についてのみ投票を禁じており、無能力者の選挙権については規定していない。しかし、ニューヨーク州精神保健法第81.02条第(a)2項後段は、「本章において選任されたあらゆる後見人は、本人にとって適切な方法で無能力者の身上監護・財産管理の双方又はいずれか一方に備えるために必要とされる、本章第81.03条第(d)項が規定する最も制限的でない形態の介入を構成すべき権限のみを付与されなければならない。」とし、同法第81.02条第(b)1,2項は「無能力(incapacity)の決定は、明白かつ確信を抱くに足る証拠に基づくものでなければならず、1.本人が身上監護・財産管理の双方又はいずれか一方につき備えることができない、かつ、2.本人は当該できないことの性質及び結果を十分に理解し評価することができないことにより、本人が損害を被るおそれがあるという決定によって成り立つものでなければならない。」としてい

² Sally Balch Hurme and Paul S. Appelbaum “Defining and Assessing Capacity to Vote: The Effect of Mental Impairment on the Rights of Voters” 38 McGeorge Law Review 931, 987 (2016).

なお、本文献については「統一後見、財産管理及びその他の保護措置法」の起草者であるニューヨーク州にあるシラキューズ大学法学部のニナ・A・カーン教授のご教示により参照することができた。記して深謝の意を表したい。

る。それを受けてニューヨーク州選挙法第 5.106 条第(6)項は「裁判所の決定により無能力である(incompetent)と審判された者は、あらゆる選挙において選挙人名簿に登録される権利も選挙権も有さない。」と規定している。

したがって選挙権については、最大限に被相続人の能力を尊重しつつも、制限された後見制度のもとで選挙権行使につき無能力であるとされた被相続人については、選挙権は一身専属的な権利であり後見人による代理権行使も考えられないために、選挙人名簿に登録されず、選挙権を行使することができない、というのが成年後見法と選挙法という制定法上の結論ということになる³。

現地調査に協力いただいた法律家からは、選挙権について「他の資格制限については知らないが、選挙権の資格制限については私の知る限り行われていない。」⁴、選挙権、国家公務員・地方公務員になる資格、弁護士や医師の資格全般について「いかなる資格制限についても自動的に課されることはないと信じる。裁判官が資格制限を命じた場合にのみ資格制限が行われる。」⁵、「成年後見事件については、成年後見人を選任する命令が剥奪する権利が何かによって決まる。」⁶という回答が得られた。したがって実務上も、特別法上、資格制限条項が存在する場合において、最大限本人の能力を尊重しつつも成年後見人選任時に裁判所が資格制限を例外的に命じたときのみ資格制限が行われるが、実際にはほとんど資格制限が行われることはない、といえよう。

2. 最近、成年後見に関連する法律の改正はあったか

2-1. 特に、民法についてはどうか

英米法系に属するニューヨーク州法には大陸法的な私法の一般法としての民法は制定法として存在していないが、個別の規制対象事項ごとに一般債権債務関係法(General Obligations Law)、動産法(Personal Property Law)、不動産法(Real Property Law)、高齢者法(Elder Law)、遺産、権限及び信託法(Estates, Powers And Trusts Law)などの実質的に民法といえる制定法が存在している。このうち 2004 年に制定された高齢者法は高齢者の自己遺棄(セルフネグレクト)、虐待、残虐的・暴力的取扱いの認定と通報のためのガイドラインを定めている。

³ Id. at X. APPENDIX B: STATE PROVISIONS REGARDING VOTING: CONSTITUTIONS, ELECTION LAWS, AND GUARDIANSHIP STATUTES.

⁴ ニューヨーク州にあるカードウゾウ・ロースクールで臨床的法学教育を担当され、成年後見制度の代替策を専門に研究されているレベッカ・ディラー准教授による筆者からの問い合わせに対する回答。

⁵ ニューヨーク州であるべき成年後見制度を提言する成年後見制度に関する調査報告書を作成した成年後見制度の専門家であるジーン・キャラハン弁護士による筆者からの問い合わせに対する回答。

⁶ ニューヨーク州マンハッタン検認後見裁判所の裁判官時代に障害者権利条約における自己決定支援の精神を根拠に後見人を選任する必要はないという画期的な判決であるダメリス・L 事件判決(Matter of Dameris L., 38 Misc 3d 570, 577-578, 956 NYS2d 848 [Sur Ct, NY County 2012])を下した後、ニューヨーク州にあるクーニー・ロースクール院長となられた障害者権利条約と成年後見制度の研究の第一人者で、自己決定支援を推進する団体である「サポーターズ・ディビジョン・メイキング・ニューヨーク」を主宰されているクリスティーン・ブース・グレン教授による筆者からの問い合わせに対する回答。

2-2. 社会保障法の隣接領域での法改正はあったか

社会サービス法 第9-B章「成年者保護サービス」(1981年制定) 第473条「保護サービス」は「本編の他の規定によって社会サービス職員が提供するサービスに加えて、社会サービス職員は、精神的又は身体的損傷によって、自分自身の資産を管理できず、日々の生活活動を行えず、身体的虐待、性的虐待、感情的虐待、積極的・消極的・自己ネグレクト、金銭的搾取、又は他人からの支援を得られないその他の危険な状況から自分自身を保護することができず、責任を持って支援することを厭わず、かつ、それができる利用可能な者が誰もいない者に対し又はその者のために、収入にかかわらず、連邦及び州の規制に従って保護サービスを提供しなければならない。」と規定し、社会福祉上のサービスとして実質的な成年後見制度が提供されることを示している。

2-3. 同条約批准後において、上記以外で、成年後見関連法律の制定又は改正はあったか。例えば、選挙法の改正など。(1-3. 以外で)

1-1. のとおり、アメリカ合衆国は障害者権利条約を批准していない。

2-4. 高齢者の取引参加について成年後見制度以外でも配慮がなされているか。特に、消費者保護法との関連ではどうか

一般ビジネス法第22-A章「欺瞞的行為及び慣行からの消費者保護」は広く消費者保護法としての規定を置いているが、第349-c条「高齢者に対する消費者詐欺への付加的民事罰」(1999年制定)は特に65歳以上の高齢者に対する欺瞞的行為及び慣行に対して民事罰を付加することを規定している。

3. 法定成年後見(人)制度の機能について

3-1. 法人後見、複数後見は認められているか。それらは、よく機能しているか。認められていない場合は、その理由

一般的な成年後見制度の「定義」に関する精神保健法の第81.03.条の第(a)項は「『後見人』とは、本章の条項に従って高位裁判所、検認後見裁判所、又は郡裁判所(county court)によって無能力者に代わって身上監護・財産管理の提供において行動するために選任された18歳以上の人、法人又は地方の社会サービス部局を含む公的機関を意味する。」と規定し、また「後見人の適格性」に関する第81.19.条第(a)2.項は「当該能力において活動するように設立された非営利法人、社会サービス職員、又は当該無能力者に関心をもつ当該能力において活動する権限を与えられた公的機関、及び裁判所によって当該無能力者を支援するのに必要な義務の履行にとって適切だと認定された、社会サービス法第9-B章第3節の規定に準拠して行われているあらゆる地域社会後見計画は後見人に選任されることができる。ただし、地域社会後見計画は、本章における後見人選任のための特別の手続きが当該計画の締結された相手方である社会サービス職員によって

開始されている場合においてのみ、後見人として選任されなければならない。」と規定し、明文で様々な種類の法人後見を認めている。

このようにニューヨーク州法において様々な種類の法人後見が規定されていること、またニューヨーク州内のすべての郡において、福祉目的で設立された非営利慈善会社や営利目的で財産管理を行う銀行や信託会社の業務を行う法人も無数に存在することに鑑みると法人後見は大きな機能を果たしていると評価できる。

複数後見人については、「申立て」に関する精神保健法第 81.08.条第 (a) .項が「申立ては宣誓してその真実性を宣言しなければならず、以下の情報を含まなければならない。…12. 後見人及び予備後見人として提案された単数の者(person)又は複数の者(persons)が存在する場合には、その者の氏名、住所、及び電話番号、当該後見人又は予備後見人として提案された者と無能力者だと主張されている者との関係、並びに当該後見人又は予備後見人として提案された者が無能力だと主張されている者を支援するのに必要な権限を行使するのに適している理由」と規定し、また「後見人の報酬」に関する精神保健法第 81.28.条が「(a) 裁判所は単数又は複数の後見人の報酬に対する計画を制定しなければならず、裁判所は当該計画を時宜に応じて修正することができる。」と規定していることから、複数の後見人や予備後見人が認められることを当然の前提としているといえる。

3-2. 資産の少ない人の成年後見制度の利用について配慮されているか。利用料の補助がある場合（例えば、生活補助費として）には、その基準はどのようなものか

筆者からの調査協力者への質問に対して、

ア)「後見人は被後見人の資産から報酬の支払いを受ける。被後見人が報酬を支払うのに必要な資産を有していない場合には、①裁判所が報酬無しで後見業務を行ってくれる人を探し出すか、②後見人は公的資金によって報酬支払いを受けるかのいずれかである」⁷、

イ)「後見制度について利用料の補助は存在していない。しかし、アメリカ合衆国最大の都市であり市域の人口が 800 万人を超えるニューヨーク市では、市当局と契約を締結して後見サービスを提供する非営利機関が存在している。ニューヨーク市以外のニューヨーク州では、確立された公後見プログラムは存在していない。収入の低い人のために後見人としての業務を行い、被後見人の年金から一定の少額の報酬を受け取る機関が存在している。弁護士の中には裁判官の依頼を受けて、公益弁護活動(pro bono publico)として報酬なしで後見人としての業務を行う者もいる。」⁸、

ウ)「貧しい人も実際に後見人を確保しているが、報酬なしで後見業務を行ってくれる適任の人や機関を見つけるのは難しい。後見業務提供のために公的な資金提供を受けてい

⁷ シラキューズ大学法学部のニナ・A・カーン教授の回答。

⁸ カードウズウ・ロースクールのレベッカ・ディラー准教授の回答。

る機関も存在するが、自前で資金を調達している機関も存在する。」⁹、

エ)「後見手続きの申立人に対する補助は存在していないが、弁護士なしでも申立てを行うことはできる。後見人は被後見人の資産から報酬支払いを受ける。お金がなければ後見人を見つけるのは難しいが、限定的な公後見サービスが存在している。」¹⁰との回答を得た。

すなわち、後見制度の利用について利用者本人への補助金支給は存在しないが、ニューヨーク市では市と契約した非営利機関が税金から報酬を得て公後見サービスを提供している。また民間機関が低い報酬で後見サービスを提供したり、裁判所から依頼を受けて弁護士などがボランティアとして無償で後見サービスを提供したりする例も存在しているのである。

3-3. 裁判所が関与する正式な成年後見ではなく、親族などによる事実上の成年後見は行われているか。その場合に、「介護」の領域を超えて財産の処分等を行う場合に、関係者は、「違法」であると意識しているか

筆者からの調査協力者への質問に対して、

ア)「ニューヨーク州法又は『統一後見、財産管理及びその他の保護措置法』において、成年者の後見人になる唯一の方法は裁判所がその役割に選任することである。」¹¹。

イ)「『事実上の成年後見』ということが何を意味するかということによって答えは変わってくるが、法定後見を利用せずに、非公式に又は本人が家族を任意後見人に選任している委任状による任意後見によって、家族が本人の事務の管理を助ける場合がある。家族は権限を与えられることなく本人の財産を適法に売却することはできない。」¹²。

ウ)「財産が関係している場合には、家族は依然として法的な後見制度を必要とする。裁判所の許可なく家族が財産を売ることは許されない。」¹³。

エ)「人は裁判手続きによらなければ自らの法的権利を失うことはない。家族はいつでも自由に誰かを支援することができるが、裁判所の命じた後見制度によらなければ本人に対して法的権限をもつことはない。」¹⁴の回答を得た。

すなわち、裁判所が関与する法定後見制度以外にも、任意後見や親族などによる事実上の後見制度は行われているが、法定後見や任意後見の権限なくして本人の財産処分を行うことは違法であり、そのように意識されていることになる。

⁹ ジーン・キャラハン弁護士の回答。

¹⁰ クーニー・ロースクールのクリスティーン・ブース・グレン教授の回答。

¹¹ シラキューズ大学法学部のニナ・A・カーン教授の回答。

¹² カードウヅウ・ロースクールのレベッカ・ディラー准教授の回答。

¹³ ジーン・キャラハン弁護士の回答。

¹⁴ クーニー・ロースクールのクリスティーン・ブース・グレン教授の回答。

3-4. 成年後見人の報酬について、特別な公的配慮がなされているか。そのための特別法はあるか。ある場合には、報酬の基準についても。(3-2.) 以外について

ニューヨーク州精神保健法第 81.28 条「後見人の報酬」は、「(a) 裁判所は単数又は複数の後見人の報酬に対する計画を制定しなければならない、裁判所は当該計画を時宜に応じて修正することができる。単数又は複数の後見人の報酬に対する当該計画は無能力者に対して身上監護・財産管理を提供する当該後見人の具体的権限と当該後見人から無能力者に提供されるサービスを考慮に入れなければならない。(b) 後見人がいかなる点であれその義務を十分に履行していないと裁判所が判断したときは、裁判所はさもなければ与えられた報酬を否定し減額することができる。」と規定している。

すなわち、後見人が後見業務を行うにあたって行使する具体的な権限と被後見人に実際に提供されるサービスの内容を報酬基準として、裁判所が具体的な報酬額を決定し、後見人の業務執行が不十分であるときは、裁判所が当該報酬額の減額又は無報酬とすることを決定できるとされているのである。

4. 成年後見人の権限について

4-1. 身上監護の範囲はどのように定められているか。具体的に

精神保健法第 81.22 条「後見人の権限、身上の必要」は、身上後見人の権限について次のように規定しているのである。

「無能力者の機能的制限、身上の必要性に備えることができない結果として被る恐れのある損害に対する無能力の理解及び評価、日常生活行動の管理に関する無能力者の個人的願望、選好及び欲求、並びに最も制限的でない形態の介入に一致するように、裁判所は後見人に当該無能力者の身上の必要性に備えるのに必要性かつ十分な権限を与えることができる。後見人に付与されうる権限には次の権限が含まれるが、それに限定されるものではない。

1. 身上の世話又は支援を提供する者を決定する権限、
2. 無能力者の生活をとりまく社会環境及びその他の社会的側面について意思決定する権限、
3. 無能力者が旅行すべきか否かについて決定する権限、
4. 無能力者が運転免許証を持つべきか否かについて決定する権限、
5. 秘密の記録に対するアクセス又は当該記録の公開を認める権限、
6. 教育に関する決定をする権限、
7. 政府及び私的給付金の申請をする権限、
8. (i) 公共保健法(Public Health Law)第 2994a 条第 18 項に規定される病院内における意思決定について、公共保健法第 29-CC 章〔家族身上監護意思決定法 (Family Health Care Decisions Act)〕に従って、かつ、その制約内において、患者の代理人として行動する権限、

(ii)その他のすべての場合において、公共保健法第 2994d 条第 4 項の意思決定基準に従って、一般的に受け入れられている日常的・非日常的な医的・歯科的治療に対して同意し又は拒否する権限、

9. 居住する場所を選ぶ権限。居住する場所の選択は本章第 81.15 条における認定、家族、友人及び地域社会における社会サービスの存在と利用可能性、無能力者の世話、快適さ及び扶養、及び適切な場合には機能回復訓練、無能力者が一緒に住んでいる者の必要、と一致しなければならない。無能力者を公共保健法第 2801 条が定義する私設療養所や居住世話施設又は同様の施設へ入所させることは、与えられた状況において無能力者を地域社会、望むらくは無能力者の自宅に住み続けさせることが相当である限りは、無能力者の同意なくしては許されない。

後見人は次のことをしてはならない。

1. 本章第 9 章又は 15 章における精神保健施設又は本章第 22 章における化学物質依存施設への無能力者の任意的な公式又は非公式の入所に同意すること。
2. 一般債権債務関係法第 5-1501 条、第 5-1601 条及び第 5-1602 条、公共保健法第 2965 条及び第 2981 条又は生前発行遺言(living will)に従って無能力者によってなされた選任又は委譲を撤回すること。」

この規定の第 8 号が「(i) 公共保健法(Public Health Law)第 2994a 条第 18 項に規定される病院内における意思決定について、公共保健法第 29-CC 章〔家族身上監護意思決定法 (Family Health Care Decisions Act)〕に従って、かつ、その制約内において、患者の代理人として行動する権限、(ii)その他のすべての場合において、公共保健法第 2994d 条第 4 項の意思決定基準に従って、一般的に受け入れられている日常的・非日常的な医的・歯科的治療に対して同意し又は拒否する権限」と明文で、身上監護に関する意思決定の権限の内容として、法定後見人に一定の要件の下で病院内外における医療代諾権を認めていることは注目に値する。

4-2. 成年後見人に医療代諾権は認められているか。親族についてはどうか

ニューヨーク州においてはすでに 4-1. でみたように、精神保健法第 81.22 条が身上後見人の権限を列挙しているが、その第 8 号が「(i) 公共保健法(Public Health Law)第 2994a 条第 18 項に規定される病院内における意思決定について、公共保健法第 29-CC 章〔家族身上監護意思決定法 (Family Health Care Decisions Act)〕に従って、かつ、その制約内において、患者の代理人として行動する権限、(ii)その他のすべての場合において、公共保健法第 2994d 条第 4 項の意思決定基準に従って、一般的に受け入れられている日常的・非日常的な医的・歯科的治療に対して同意し又は拒否する権限」と規定しており、身上後見人は病院内において本人の代理人として意思決定する権限及び病院外において一般的に受け入れられている日常的・非日常的な医的・歯科的治療に対して同意し又は拒否する権限を有しており、その限りにおいて医療代諾権を認められていることになる。

「後見人の適格性」に関する精神保健法第 81.19 条第(a) 1.項は「配偶者、成年の子、親又は兄弟姉妹を含むがそれに限られない、18 歳を超えるあらゆる者又は 18 歳未満のあらゆる親は、裁判所によって無能力者を支援するのに必要な権限を行使するのに適切であると判断されたときは、後見人に選任されることができる。」と規定しており、親族も後見人に選任されれば後見人としての権限としてこの医療代諾権を行使できることになる。また当該条文の「配偶者、成年の子、親又は兄弟姉妹を含むがそれに限られない」という文言から、配偶者、成年の子、親又は兄弟姉妹などの親族が実際に後見人に選任されることが一般的であることが伺えるといえよう。

病院で提供される身上監護に関する意思決定やホスピスの世話に関する意思決定については、患者が意思決定能力を欠く場合に、次の 4-3. で述べる公共保健法(Public Health Law) 第 29-C 章の「身上監護代理人(health care agent)」が「委任状(proxy)」によって任命されておらず、検認後見裁判所手続法第 17 章(Article 17-A of the Surrogate Court Procedure Act)「知的障害者及び発達障害者の後見人」も選任されていないなどの一定の要件を充たすときは、「患者の代理人による身上監護に関する意思決定(health care decision by a surrogate for a patient)」が第 2994-a 条から第 2994-u 条までの 20 カ条をもつ公共保健法第 29-CC 章「家族身上監護意思決定法(Family Health Care Decisions Act)」に基づいて行われることになる(第 2994-b 条)。

第 2994-d 条「代理人による成年患者に代わる身上監護意思決定」は、原則として①精神保健法第 81 章より身上監護に関する意思決定をする権限を有する後見人、②本人と法的別居をしていない配偶者又は同棲者、③18 歳以上の息子又は娘、④親、⑤18 歳以上の兄弟姉妹、⑥親友の順番で成年者に代わる身上監護に関する意思決定をする代理人になることを規定している。この規定の②から⑤により、一定範囲の親族は法定後見人に選任されなくとも医療代諾権が認められているといえる。

4-3. 医療代諾に関するリビングウィル制度はあるか。それは、うまく機能しているか。リビングウィルを活用する場合に、ドイツのように裁判所や医師は関与することになっているか

一般にアメリカ法において「リビングウィル(living will)」とは多義的に用いられる。すなわち、「制定法上、遺言について要求される方式を伴って署名された文書で、極端な身体的精神的障害から回復する合理的な見込みがないにもかかわらず、自らの生命が人工的に通常ではない措置によって延長されることのないように指図するのに用いられるもの」¹⁵と終末期における生命維持治療の中止を求める自らの意思表示を記した文書の意味で用いられることもあれば、「正しく起草され作成されたときは、自らそうすることができないときに備えて、一人又は複数の人を医療上の世話やその他の関連問題について意思決定する

¹⁵ BLACK'S LAW DICTIONARY (DELUXE NINTH EDITION), 1018 (2009).

自らの代理人として任命する文書」¹⁶と自ら意思決定できないときに備えて医療代諾の代理人を任命する文書の意味で用いられることもある。しかし、ここでは「医療代諾に関するリビングウィル」とあるので、以下、後者の意味を前提にして述べていくこととする。

ニューヨーク州においては「リビングウィル」は法令用語ではなく、「医療代諾に関するリビングウィル」を意味する法令用語としては「身上監護委任状 (health care proxy)」という用語が用いられている¹⁷。

すなわち、ニューヨーク州 公共保健法(Public Health Law) は第 29-C 章「身上監護代理人及び委任状 (Health Care Agents and Proxies)」において第 2980 条「定義」から第 2994 条「公表されるべき権利」まで 15 カ条を有している。

第 2980 条「定義」第 8 号は「『身上監護委任状 (health care proxy)』とは、本章の要件を充足して作成された、身上監護に関する意思決定をする権限を与える文書を意味する」としている。また同条第 5 号は「『身上監護代理人(health care agent)』又は『代理人(agent)』とは、身上監護委任状によって身上監護に関する意思決定をする権限を与えられた成年者を意味する」としている。

身上監護代理人の権限は、主治医(attending physician)が一定の要件の下で本人は身上監護に関する意思決定をする能力を欠いていると決定した時に開始する(第 2981 条第 4 項、第 2983 条第 1 項)。

なお、主治医が、身上監護代理人は合理的に見て代理人として行動することができず、その意思や能力がないと署名した文書で決定したときは、身上監護代理人に代わって本人が予め選任しておいた補欠代理人(alternate agent)が意思決定を行うことになるが、主治医が身上監護代理人は代理人として行動することができ、その意思も能力もあるとカルテに記録すると補欠代理人の権限は停止し、身上監護代理人の権限が回復する(第 2981 条第 6 項)。

本人が身上監護に関する意思決定をする能力を欠いているという主治医の決定にもかかわらず、本人が当該無能力決定又は身上監護代理人によってなされた意思決定に異議を申し立てるときは、本人が管轄権のある裁判所によって身上監護に関する意思決定をする能力を欠いていると決定されない限りは、当該本人の異議又は意思決定が優先しなければならない(第 2983 条第 5 項)。また、①身上監護委任状の有効性の決定、②身上監護代理人が義務を履行するために合理的に見て代理人として行動することができず、その意思や能力がないこと、害意をもって行動したこと、本人を保護する保護命令の対象となること、本人の無能力を生じさせ本人の健康状態を著しく害し損傷した犯罪行為によって逮捕もしくは起訴されたことを理由とする、身上監護代理人の解任、③当該意思決定が害意をもってなされたこと、当該意思決定が本章第 2982 条第 1 項、第 2 項の基準を充足しないこと

¹⁶ Corey Sandler & Janice Keefe, LEGAL WORDS YOU SHOULD KNOW, 140 (2009).

¹⁷ 4-1. でべた精神保健法第 81.22 条の後段の第 2 号の中に「生前発行遺言(living will)」という言葉が使われているが、ニューヨーク法はこの言葉について積極的な定義を置いていない。

を理由に身上監護処置に関する代理人の意思決定を無効にすること、のために、身上監護提供者、本人の財産管理人もしくは心神喪失者補佐人、本人の家族、本人の親友、又は健康・精神保健・発達障害監督官は特別訴訟手続きを開始できるとされている(第 2992 条)。

したがって、ニューヨーク州法上、医師は身上監護代理人の権限開始の要件である本人の無能力の決定に関与し、また裁判所は本人の無能力決定や身上監護代理人の意思決定、身上監護委任状の有効性、身上監護代理人の解任に関する紛争について判断することになっている。

4-4. 成年後見人の医療代諾権の行使にあって裁判所の関与（許可等）は必要か。その際、どのような基準が設けられているか。（4-3.）以外の場合

すでに 4-1. 4-2. 4-3. で見たように成年後見人は一定の要件の下に医療代諾権を含む身上監護に関する意思決定の権限を有しているが、制定法上、裁判所の関与（許可等）を必要とする条文を確認できず、裁判所の関与は必要とされていないと思われる。

なお、成年後見人などの法定代理人がいない患者に医療を保証するために、精神保健法第 80 章(Article 80 of the Mental Hygiene Law) 「医療上の世話及び治療に対する代理意思決定 (Surrogate Decision-Making for Medical Care and Treatment)」(1985 年立法) は法定代理人のいない患者の医療に特化した代理意思決定について第 80.01 条から第 80.13 条までの 7 カ条の規定を置いている。

精神保健法第 80.01 条は立法事実の認定と立法目的について次のように規定している。「立法者はここに、精神障害者が医療上の世話を適時に利用できることはニューヨーク州にとって重要な目的であること、自分自身のために身上監護に関する意思決定をする意思決定能力のある者の自立性(autonomy)は尊重されなければならないこと、そして意思決定能力が減損している者に関する場合においては、身上監護に関する意思決定は患者の最善の利益に基づくものであり、可能な限り、患者自身の個人的な信念と価値を反映するものであることを担保するための努力がなされなければならないことを認定し宣言する。立法者はさらに、精神障害者に対する医療上の世話に対して同意を得るために裁判所の許可を得ることを排他的に利用すると、場合によっては必要な世話の提供において結果的に不当な遅滞を招き、不必要に精神障害者の健康を危険に陥れてしまっているということを確認する。立法者はさらに、患者が治療に対して同意又は拒絶する能力を決定し、提案されている治療が患者の価値と選好に矛盾せず患者の最善の利益を促進するかどうか評価する、州の全域にわたる準司法的な代理人による意思決定過程を設立することは公益にかなうだろうと認定し宣言する。この過程は、利用できる家族がいない者に医療上の世話の利用を保証する一方で、親やその他の家族が代理人として意思決定する役割を強化するであろう。」

すなわち、本人が精神的障害を負っており医療契約上のインフォームド・コンセント

をすることができず、医療代諾権に基づいてインフォームド・コンセントとしての同意をしてくれる身上監護の権限をもつ成年後見人などの法定代理人がいない場合において、病院などの医療提供者は本人の同意なくして医療を提供したときは、事後的に当該医療行為が違法とされ民事、刑事の法的責任を問われることもあり、それを恐れて病院などは医療行為を提供しないようになってしまう。そこで実務的に事前に裁判所の許可を得るようになったが、その手続きに時間がかかり、結果的に患者が適切な医療を受けることができず、患者の生命身体に損害が生じる事態が生じた。そこでニューヨーク州法は準司法的な代理意思決定過程制度を設立するに至ったのである。

重大な治療に対して同意し拒絶する能力を欠き代理意思決定を必要とするが、親権者や成年後見人など自分に代わって身上監護に関する意思決定をしてくれる法定代理人のいない患者のために、ニューヨーク州内の地区の委員会によって選任された最少 12 名のメンバーからなる「代理意思決定委員会」と当該委員会から作られる 4 名のメンバーからなる小委員会が設置される。メンバーは①ニューヨーク州の資格を持つ医師、看護師、心理学者、②以前患者だった者、親、配偶者、成年の子、兄弟姉妹、精神障害者の権利擁護者、③ニューヨーク州で開業している弁護士、④認定された専門的知識をもつ者又は精神障害者の世話と治療に関心を示している者の各グループから選任される。

最終的には、患者にとって代理意思決定が必要か否か、必要なときは治療に対して同意するか拒否するかについて小委員会において 4 名のうち 3 名が賛成することによって決定することになる。小委員会の決定に不服な患者本人、家族、法定代理人など一定の者は小委員会の決定が実質的な証拠によって維持されるかの審査を求めて一審の一般的管轄権をもつ裁判所である高位裁判所に申し立てることができる(第 80.09 条)。この点において、医療上の世話及び治療に対する代理意思決定の適切性を担保するために裁判所が事後的に関与しているということができる。また 4-2. との関係では、医療上の世話及び治療に対する代理意思決定では、親族が小委員会を通じて間接的に患者の医療代諾権を行使しているということもできよう。

4-5. 成年被後見人のプライバシーは、どのように保護されているか。郵便物の管理・開封（信書の秘密）など

精神保健法第 81 章 第 81.21 条第(a)項は第 1 号から第 20 号まで財産管理後見人の権限を例示列挙しているがその第 11 号は「秘密記録を取得し又は発表する権限を与えること」と規定している。また第 81.21 条第(a)項は第 1 号から第 9 号まで身上監護後見人の権限を例示列挙しているがその第 5 号は同様に「秘密記録を取得し又は発表する権限を与えること」と規定している。したがって、後見人が当該権限を第三者に与えない限り、本人の秘密記録は取得されず、発表されないことになり、この点において本人のプライバシーは保護されていることになる。

なお、成年後見人は本人に対して信認関係(fiduciary relationship)に立ち、民事、刑事

において高度の忠実義務である受託者としての義務(fiduciary duty)を負っているから、正当な理由なく本人の秘密記録を第三者に取得させ発表させたときは、それに対して民法、刑事の責任を負うことになり、この点においても本人のプライバシーは保護されていることになる。なお後見人の郵便物の管理・開封に関する制定法上の規定ないしは公表されている学説は確認できなかったが、筆者はカリフォルニア州と同様の解釈論が同様の理由付けでニューヨーク州にも妥当すると考える。

4-6. 成年被後見人の死亡直後の成年後見人の事務処理権限。成年後見人は葬式に関する費用を出す権限を有するか

「後見人の権限、財産管理」を規定する精神保健法第 81.21 条第(a)項第 14 号は、後見人に付与されうる権限として「無能力者の葬式費用を支払うこと」を明文で規定している。

その上で、精神保健法第 81.34. (a) 「会計を認める文書提出命令」は、「無能力者が死亡した場合において、後見人は無能力者の葬式費用を支払う権限を有し、遺産の人格代表者が正当に選任されていないときは、遺産税と収入税の予定納税賦課額をその他の緊急の性質を有する請求額と同様に支払う権限を有する。」と規定し、明文で後見人が葬式費用のみならず相続税やその他の緊急の請求についても支払権限があることを認めている。

5. 成年後見に関する制度の在り方

5-1. 成年後見における親族の位置づけ。一定の範囲の親族には後見人を引き受け義務等があるか

「後見人の適格性」に関する精神保健法第 81.19.条第(a) 1.項は「配偶者、成年の子、親又は兄弟姉妹を含むがそれに限られない、18 歳を超えるあらゆる者又は 18 歳未満のあらゆる親は、裁判所によって無能力者を支援するのに必要な権限を行使するのに適切であると判断されたときは、後見人に選任されることができる。」と規定しており、「配偶者、成年の子、親又は兄弟姉妹を含むがそれに限られない」という注意的な文言から、配偶者、成年の子、親又は兄弟姉妹などの親族が後見人に選任される親族後見が一般的であることが伺えるといえよう。

ただし、本人が望まないのに一定の範囲の親族に後見人の引き受け義務を課すことはない¹⁸。

5-2. 弁護士、公証人等には、後見人の引き受け義務はあるか。例えば、オーストラリア法のような基準はあるか

5-1. の親族と同様に、弁護士、公証人等も自ら望めば後見人になれるが、その意

¹⁸ 者からの質問に対する調査協力者の回答における一致した見解。

思に反して後見人の引き受け義務を課すことはない¹⁹。

5-3. 公的成年後見の位置づけはどうなっているか。福祉関連行政の一般的位置づけ、行政による後見はあるか。例えば、ドイツの官庁後見のような制度はあるか

すでに2-2. で述べたように、社会サービス法 第9-B章「成年者保護サービス」第1節「保護サービス」(1981年制定) 第473条「保護サービス」第1項は「本編の他の規定によって社会サービス職員が提供するサービスに加えて、社会サービス職員は、精神的又は身体的損傷によって、自分自身の資産を管理できず、日々の生活活動を行えず、身体的虐待、性的虐待、感情的虐待、積極的・消極的・自己ネグレクト、金銭的搾取、又は他人からの支援を得られないその他の危険な状況から自分自身を保護することができず、責任を持って支援することを厭わず、かつ、それができる利用可能な者が誰もいない者に対し又はその者のために、収入にかかわらず、連邦及び州の規制に従って保護サービスを提供しなければならない。」と規定し、最も制限的でない他に取りうべき方法が尽くされた後に必要に応じて後見手続きの利用を手配するとしており(同項(c))、社会福祉上のサービスとして実質的な成年後見制度が提供されており、これを福祉関連行政による公的成年後見として評価することができる。

5-4. (公的ないし公益的な) 成年後見センターが、県もしくは市町村等の地域に設置されているか

社会サービス法 第9-B章「成年者保護サービス」第3節「地域社会後見制度(community guardianship)」(1986年制定) 第473-d条「地域後見制度」第1項(a)は「『地域社会後見計画(community guardianship program)』は、本節の規定による有資格者に対して財産管理人又は心神喪失者補佐人としての職務を提供することにつき、地方の社会サービス職員と契約を締結している又は協定を有する、ニューヨーク州法によって法人格を付与された非営利法人又は地方行政機関を意味する。」と規定している。

またすでに見たように、一般的な成年後見制度の「定義」に関する精神保健法の第81.03.条の第(a)項は「『後見人』とは、本章の条項に従って高位裁判所、検認後見裁判所、又は郡裁判所(county court)によって無能力者に代わって身上監護・財産管理の提供において行動するために選任された18歳以上の人、法人又は地方の社会サービス部局を含む公的機関を意味する。」と規定し、また「後見人の適格性」に関する第81.19.条第(a)2.項は「当該能力において活動するように設立された非営利法人、社会サービス職員、又は当該無能力者に関心をもつ当該能力において活動する権限を与えられた公的機関、及び裁判所によって当該無能力者を支援するのに必要な義務の履行にとって適切だと認定された、社会サービス法第9-B章第3節の規定に準拠して行われているあらゆる地域社会後

¹⁹ 筆者からの質問に対する調査協力者の回答における一致した見解。

見計画は後見人に選任されることができる。ただし、地域社会後見計画は、本章における後見人選任のための特別の手続きが当該計画の締結された相手方である社会サービス職員によって開始されている場合においてのみ、後見人として選任されなければならない。」と規定し、地域後見計画が法人後見となることを認めている。

したがって、ニューヨーク州において、郡などの地方行政機関やニューヨーク州法によって法人格を取得した非営利法人が「地域後見計画」として公後見人としての職務を行うことが認められており、実質的に（公的ないし公益的な）成年後見センターが各郡に設置されていることになる。

5-5. 他害の危険性を含む精神障害者の後見について、特別な配慮がなされているか。措置入院や医療保護入院の場合における成年後見人の役割（同意、任務等）はどうなっているか

精神障害者、知的障害者に対する偏見と差別による社会防衛思想から障害者を精神施設へ強制入院させたり知的障害者に強制的な不妊手術を受けさせたりすることの法的手段として後見人によって法定代理権が濫用されてしまったことの歴史的反省から、今日ではニューヨーク州上、強制入院や強制的な不妊手術のために後見人が権限を行使できるとする明文の規定は制定法上確認できない。唯一確認できる規定が次の「医療上の証明に基づく強制的入学許可」の規定である。

すなわち、精神保健法第C編「発達障害者法」第15章「精神障害者の学校への入学」第15.27条「医療上の証明に基づく強制的入学（involuntary admission on medical certification）」は「(a)監督官は、発達障害があり、強制的世話及び治療の必要があるとされるあらゆる者を、その者の入学の申立てに加えて、2名の検査医の証明又は1名の検査医と1名の認定心理学者の証明に基づいて学校において実習生として受け入れて預かることができる。検査は合同で実施できるが、各検査者が別の証明書を作成しなければならない。

(b)当該申立ては当該入学の前6ヶ月以内に作成されたものでなければならない。当該申立ては以下のいかなる者によっても作成されることができる。

- 1, 発達障害があるといわれている者が一緒に住んでいるあらゆる者:
- 2, その者の父、母、夫、妻、兄弟、姉妹、子又は利用できる最も近い親族
- 3, その者の心神喪失者補佐人又はその者の法的に選任された後見人
- 4, その言葉が矯正法第2条第4項第(a)段で定義されている、当該施設において発達障害をもつとされる者が住んでいる矯正施設の管理者を含むがそれに限られない、十分に認識されたあらゆる慈善施設又は機関又はホームの職員
- 5, 社会サービス法において定義されている、その者が存在する可能性のある市や郡の地域社会サービス又は社会サービスの職員の管理者
- 6, 居住者が住んでいる施設の管理者

7. 行政法第 509 条の規定に従って行動している青年部局の管理者」と規定し、後見人も精神障害者の医療上の証明に基づく強制的入学の申立てを行うことができるとされている。

6. 後見制度の利用に際しての裁判所の関与の仕方について

6-1. 広義の成年後見（法定後見、任意後見）に関する福祉行政との任務分担はどうなっているか

アメリカ合衆国においても日本と同様に、一般に福祉行政が本人の最善の利益のために他の諸機関・制度と連携を取る福祉のネットワークの中で行われていることから、福祉行政は広義の成年後見（とくに法定後見）のより制限的でない他に取りうべき方法、すなわち代替策として、または法定後見や任意後見の補完策として機能しているといえる。また、福祉部局自体が法人後見人となることが認められている。

ニューヨーク州においては、各郡の社会サービス局(Social Service Department)に置かれた成年者保護サービス機関やニューヨーク州法によって法人格を取得した非営利法人である「地域後見計画」が公後見人としての職務を行うことが認められており、実質的に（公的ないし公益的な）成年後見センターが各郡に設置されていることになる（2-2. 5-3. 5-4. 6-4. 参照）。

6-2. どのような裁判所が手続きを担当しているか。家族裁判所、簡易裁判所等。1裁判所が管轄する地域の人口はどの程度か。

前提的事項で述べたように、ニューヨーク州の後見法としては一般的な成年後見制度につき精神保健法第 81 章(Article 81 of the Mental Hygiene Law)「身上監護または財産管理の後見人の選任手続き(Proceedings for Appointment of a Guardian for Personal Needs or Property Management)」が手続的保障の行き届いている模範的な法律を規定するとともに、特に知的障害者(intellectually disabled)や発達障害者(developmentally disabled)に対する後見制度については検認後見裁判所手続法第 17 章(Article 17-A of the Surrogate Court Procedure Act)が手続的保障に欠けると批判されている規定を定めている。前者の精神保健法第 81 章の手続きを担当する裁判所が一般的管轄権を有する第一審裁判所である高位裁判所(Supreme Court)であり、後者の検認後見裁判所手続法第 17 章の手続きを担当する裁判所が検認後見裁判所(Surrogate Court)である。

ニューヨーク州は 62 の郡から成り立っており、基本的に一郡に一つの後見事件を担当する裁判所が置かれているが、人口の少ない郡においては一人の裁判官が複数の郡の後見事件を掛け持ちで担当している。

ブルックリンはニューヨーク市を構成する 5 つの区のうちで最大の区で、ロサンゼルス市、シカゴ市に続き全米で 3 番目に人口の多い地域であり、ブルックリン区と同一の範囲からなるキングス郡はニューヨーク州で最も人口の多い郡であり、アメリカでニュー

ヨーク郡（マンハッタン区）に次いで、2番目に高い人口密度を誇っている。

このような大都会の中心地であるブルックリンにあるキングス郡のような都市部の郡は300万人以上の人口を有するが、小さな田舎の郡では1万から2万ぐらいの人口の所もある。

6-3. 裁判所の手続利用の前に何らかの前置手続きがあるか。オーストリアのクリアリング（行政による必要性のチェック）のような制度はあるか

行政による必要性のチェックは存在しない²⁰。もっとも法定後見の「申立て」に関する精神保健法第81.08.条第(a)項は「申立ては宣誓の下で真実性の宣言をされなければならない。…第14号 もし存在するならば、申立人によって考慮された利用可能な資源と当該資源の十分性と信頼性に関する申立人の意見、…」と規定し²¹、その上で「裁判所検査官(court evaluator)」に関する精神保健法第81.09.条第(a)項は「第(a)項 理由開示命令の発布時点において、裁判所は裁判所検査官を選任しなければならない。」と規定し、裁判検査官は本人に面会し面談する義務を負い（第(c)項第1号）、裁判所検査官は「…(vi) 後見人を選任することなくして身上監護または財産管理を提供するために、利用可能な資源は十分に信頼できるものであるか。…」に関する調査・文書による報告・勧告義務を裁判所に対して負っている（第(c)項第5号(vi)）。

したがって、「利用可能な資源」である後見制度の代替策、すなわちより制限的でない他に取りうべき方法に関する裁判所への申立てと裁判所内部の裁判所検査官による調査によって、実質的には裁判所自体により必要性のチェックがなされているといえる。

6-4. 上記の成年後見センターが設置されている場合（上記5-4.）において、裁判所との連携はどうなっているか

筆者からの調査協力者への質問に対して、

ア)「各郡に成年者保護サービス機関として機能している社会サービス局(Social Service Department)が存在している。この機関は裁判所に対して後見の申立てをすることができるし、実際に申立てを行っている。」²²。

イ)「郡の機関は成年後見事件に関係しているが、裁判所は郡の機関を事件の当事者として扱うのであって、裁判所と郡の機関は別のものでなければならない。」²³。

ウ)「成年者保護サービスは成年後見センターとして一定の状況において裁判所に対して申立てを行うが、それ以外には両者に協力関係は存在しない。」²⁴との回答を得た。

²⁰ 筆者からの質問に対する調査協力者の回答における一致した見解。

²¹ カードウヅウ・ロースクールズのレベッカ・ディラー准教授のご教示による。

²² クーニー・ロースクールズのクリスティー・ブース・グレン教授の回答。

²³ ジーン・キャラハン弁護士の回答。

²⁴ クーニー・ロースクールズのクリスティー・ブース・グレン教授の回答。

7. 任意後見制度の採用の有無

7-1. 民法上の「後見のための委任契約」も可能か。可能である場合には、法定後見との関連はどうなっているか

ニューヨーク州の一般債権債務関係法 第5章「契約上の債権の成立、意義及び強制履行」 第15節「財産及び遺産計画に関する制定法上の書式並びにその他の委任状」は委任状による一般的な委任契約について第5-1501条から第5-1602条まで33カ条を置いて規定している。そのうちの第5-1501A条第1項は、次の7-2. でみるように、本人無能力時における委任契約の存続について規定しており、実質的に後見のための委任契約、すなわち任意後見を保障していると評価できる。

任意後見と法定後見との関連については、一般債権債務関係法第5-1501A条第2項「契約締結後に生じる本人の無能力は、持続的委任状の下で行動する任意代理人の権限を撤回しないしは終了させない。本人が無能力であるいかなる期間においても持続的委任状に従って任意代理人によってなされたすべての行為は、本人が能力を有していたのと同じ効果を有し、本人並びに遺産分割を受けた者、受贈者、受遺者及び人格代表者の利益になり、それらの者を拘束する。その後、後見人が本人に対して選任されたときは、任意代理人は当該選任が継続する間は、本人ではなくて後見人に対して会計説明責任を負わなければならない。」と規定している。すなわち、ニューヨーク州法上、任意後見が存在する場合に例外的に法定後見が開始したときは、法定後見と任意後見は併存し、任意後見人は本人と同様に成年後見人に対しても会計説明責任を負うことになる。すなわち法律関係が複雑になるからという理由で法定後見が開始すると任意後見を終了させ両者を併存させない日本法のような法律構成を取らず、任意後見が存在する場合に例外的に法定後見を開始するときにも任意後見を存続させようとする姿勢には、本人の意思、自己決定権、自律性を可及的に尊重するというアメリカ法の基本的な考え方がみて取れる²⁵。

7-2. 任意後見に関する特別法（規定）が定められているか。民法典中に定められている場合も含む

7-1. で述べたように、ニューヨーク州の一般債権債務関係法 第5章「契約上の債権の成立、意義及び強制履行」 第15節「制定法上の書式並びにその他の財産及び遺産計画に関する委任状」 第5-1501A条「無能力によって影響を受けない委任状」は「第1項 委任状は、本人の無能力によって終了すると明文で規定している場合を除いては、持続する。第2項 契約締結後に生じる本人の無能力は、持続的委任状の下で行動する任意代理人の権限を撤回しないしは終了させない。本人が無能力であるいかなる期間においても持続的委任状に従って任意代理人によってなされたすべての行為は、本人が能力を有していたのと同じ効果を有し、本人並びに遺産分割を受けた者、受贈者、受遺者及び人格

²⁵ 志村 武「成年後見法における任意後見と法定後見の関係—アメリカ法から日本法への示唆を求めて—」私法 第63号 299頁～306頁（私法学会発表要旨）。

代表者の利益になり、それらの者を拘束する。その後、後見人が本人に対して選任されたときは、任意代理人は当該選任が継続する間は、本人ではなくて後見人に対して会計説明責任を負わなければならない。」と規定している。英米法上の持続的委任状は日本法上の任意後見としての機能を果たしており、このようにニューヨーク州法も任意後見についての明文の規定を置いて保障しているといえる。

7-3. 同契約において、葬式などについての取り決め（死後の事務について）がなされているか

ニューヨーク州の一般債権債務関係法 第5章「契約上の債権の成立、意義及び強制履行」 第15節「制定法上の書式並びにその他の財産及び遺産計画に関する委任状」第5-1511条「委任状の終了又は撤回、通知」は第1条第(a)号において「委任状は本人が死亡した時点で終了する」と規定し、ニューヨーク州上、任意後見決定は本人の死亡時に終了することになる。ニューヨーク州の制定法上、葬式などの本人死亡後の死後事務の委任契約の有効性を明文で確認できなかった。

7-4. 日本の福祉サービス利用援助事業（社会福祉法に基づく事業、所管は厚生労働省）のような法定代理権を伴わないサービス（契約に基づくサービス）があるか

法定代理を伴わない福祉サービス事業としてニューヨーク州法の明文上確認できる事業としては、すでに2-2. でみたように、ニューヨーク州「社会サービス法」第9-B章「成年後見者保護サービス」第1節「保護サービス」第473条「保護サービス」が挙げられる。すなわち、第473条「保護サービス」第1項は、「本編の他の規定によって社会サービス職員が提供するサービスに加えて、社会サービス職員は、精神的又は身体的損傷によって、自分自身の資産を管理できず、日々の生活活動を行えず、身体的虐待、性的虐待、感情的虐待、積極的・消極的・自己ネグレクト、金銭的搾取、又は他人からの支援を得られないその他の危険な状況から自分自身を保護することができず、責任を持って支援することを厭わず、かつ、それができる利用可能な者が誰もいない者に対し又はその者のために、収入にかかわらず、連邦及び州の規制に従って保護サービスを提供しなければならない。」と規定し、社会福祉上のサービスとして実質的な成年後見制度が提供されることを示している。

さらに続けて、成年後見者保護サービスの内容として同項第(a)号から第(f)号までに次の6つの事項を列挙している。

「当該サービスには、(a)保護を必要とする可能性のある重度の障害者に関する報告書を受け取って調査すること、(b)当該重度の障害者の状況を評価し、可能である限り、保護し改善するために、医療及び精神医療サービスの手はずを整えること、(c)必要であるときは、直接に又は別の適切な機関へ差し向けることを通して、本人の施設収容、後見制度、その他の保護措置の手はずを整えること、ただし、可能であるときは、より制限的な

支配が課される前にこれらの措置のうち最も制限的でないものが利用されなければならない、(d)その健康と福祉にとって危険であり又は危険になりそうな状況から本人を支援するためにサービスを提供すること、(e)重度の精神障害をもつ本人に代わって、必要なかぎりにおいて、裁判所とともに協力し計画すること、(f)本省の規則に含まれている他の成年者のための保護サービス、が含まれなければならない。」(第 473 条第 1 項第(a)号—第(f)号)

このうち第(c)号「必要であるときは、直接に又は別の適切な機関へ差し向けることを通して、本人の施設収容、後見制度、その他の保護措置の手はずを整えること、ただし、可能であるときは、より制限的な支配が課される前にこれらの措置のうち最も制限的でないものが利用されなければならない」の規定により、それ自体には法定代理権を伴わないものの、成年者保護サービスは必要に応じて後見制度の発動を促す役割を担うことが明文で認められている。

その上で「成年者のための保護サービスを効率的に提供するためには専門職の相談相手とサービス提供者の情報交換が必要であることから、地方の社会サービス地区は、最大限の地方の理解、調整及び協力的行為を保障する目的で、健康、精神保健、高齢者、法的及び法執行機関を含むがそれに限られない、他の公的、私的及び任意機関とともに計画を立てなければならない。」(第 473 条第 2 項)と規定して、成年者保護サービスの実施にあたって特に裁判所などの法的機関を含む他のあらゆる機関との連携が重要であることが強調されている。

8. その他、成年後見に関して、当該国に独特な制度はあるか

ニューヨーク州の成年後見法に関して独特な、特筆に値すると思われる点について以下3点を指摘したい。

第一に、第 81.20 条「後見人の義務」第(a) 項第 5 号は「後見人は、裁判所命令に定められているとおりに、年に少なくとも 4 回又はそれ以上の頻度で無能力者を訪問しなければならない」と規定している。この趣旨は、後見人は四半期に一度以上直接本人を訪問して、いわば「顔の見える後見」を実践し、本人の精神的身体的変化を具体的に把握してその変化に迅速に対応すること、特に本人の判断能力が回復し次第、後見を取り消すことを可能にすることであり、「アメリカ合衆国第 3 回全国後見サミット」の「中心となる規準」の規準 1.1 である「本人中心の哲学(person-centered philosophy)」²⁶の具体的表れと考えられる。

第二に、すでに 4-3. で述べたが、公共保健法 第 29-C 章「身上監護代理人及び委任状」第 2983 条第 5 項は「本人の意思の優先」について「本人が身上監護に関する意思決定をする能力を欠いているという主治医の決定にもかかわらず、本人が当該無能力決定

²⁶ 志村・前掲注(1) 289 頁。

又は身上監護代理人によってなされた意思決定に異議を申し立てるときは、本人が管轄権のある裁判所によって身上監護に関する意思決定をする能力を欠いていると決定されない限りは、当該本人の異議又は意思決定が優先しなければならない」と規定し、また同条第4項は「決定の目的限定性」について「本人が身上監護に関する意思決定をする能力を欠いているという本条によってなされた決定は、本条以外のいかなる目的においても本人が能力を欠いているという認定と解釈されてはならない」と規定している。さらに、この2つの規定とまったく同じ趣旨の規定が、4-2. で述べた公共保健法第29-CC章「家族身上監護意思決定法(Family Health Care Decisions Act)」第2994-c条の第6項と第5項に置かれている。

このことからニューヨーク州法において本人の意思、自己決定権、自律性を究極の限界まで可及的に尊重するという理念が成年後見法を貫く確固とした自然法的確信であることが伺える。この理念は障害者権利条約の自己決定権支援の考え方とも共通するものであり、根底においてこれからのニューヨーク州法、さらにはアメリカ法の発展を導いていくものであると思われる。

第三に、制定法ではなく判例法であるが、今後、ニューヨーク州法のみならずアメリカ合衆国の各州のあるべき成年後見法の理念を示すものとして、脚注(6)で触れたグレン教授がニューヨーク州マンハッタン検認後見裁判所の裁判官時代に障害者権利条約における自己決定支援の精神を根拠に後見人を選任する必要はないと判示した画期的な判決であるダメリス・L事件判決(Matter of Dameris L., 38 Misc 3d 570, 577-578, 956 NYS2d 848 [Sur Ct, NY County 2012])の冒頭に掲げられた判決要旨である頭註を記して本報告書を終えることとしたい。

「被告は法的能力を行使することができる、すなわち、被告が最初に裁判所に現れた時から被告のためにずっと一緒に活動してきた支援ネットワークの助力を得て、自分自身の意思決定を行い、当該意思決定に基づいて行動することができる」と証拠上証明されたので、軽度から中度の精神遅滞をもった被告の夫と母親に以前与えられた後見人権限通知書を終了させることは適切であった。被告の夫と母親に以前与えられた後見人権限通知書を終了させることは、被告の夫と母親を被告の自律性にとって代わる者ではなく被告の自律性を援助し支援する者として認めたことになる。憲法上の異議申立てに耐えるためには、検認後見裁判所手続法第17-A章は、後見制度は知的障害者を当該障害と関連した被害から保護するという州の目的を達成するための最も制限的でない他に取らうべき方法であるという要件を含むように解釈されなければならない。さらに、裁判所は、後見制度という強烈な司法的介入が課されうる前に、第81.03条第(d)項の規定する利用可能な資源のような、家族、友人及び専門家の支援ネットワークを含む『他の資源』の利用可能性を考慮しなければならない。またさらに、国際連合の障害者権利条約は直接にニューヨーク州の後見法に影響を与えないけれども、自己決定支援を包含し受容する保障であるすべての者に対する法的能力の保障が国際的に受容されていることは、われわれ自身の法と憲法上の

保護の解釈においても説得的な影響力をもつ資格があり、憲法上の命令である最も制限的でない他に取りうべき方法の適用を支援するものである。」

[謝 辞]

アメリカ合衆国における本調査研究の実施にあたり、アメリカ法律教会・法と高齢化委員会副局長のエリカ・F・ウッド氏(Ms. Erica F. Wood, Assistant Director of American Bar Association) に筆者がニューヨーク州、カリフォルニア州において面談させていただいたすべての調査研究協力者のご紹介をいただいた。ここに記して各調査研究ご協力者とともにエリカ・F・ウッド氏に深謝の意を表したい。

以 上

第5章 カナダ

—第1節 ケベック法—

早稲田大学法学部 准教授

山城一真

1. はじめに

1-1. 調査の方針

ケベック民法典は¹、1866年に制定された下流カナダ民法典を淵源として、1991年12月18日に制定された²。もっとも、成年後見法関連規定については、これに先立って1989年に法改正が行われており³（1990年4月15日施行）、現行民法典の規定は、基本的にはこの改正によって新設された規定を踏襲したものである。

ケベック民法典は、日本法において「成年後見法」と総称される諸分野に関する規定を一括して定めるのではなく、問題となる規律の性格に応じて、いくつかの規定群を設けている。主なものを挙示すると、第一に、民法典第一編（「人」）第四章（「人の能力」）においては、「未成年後見」（第二節）と並んで「成年者の保護制度」（第三節）に関する規律が設けられ、そこに成年後見に関する規定が配列される。第二に、いわゆる身上監護の問題は、民法典第一編第二章（「若干の人格権」）において、「人格の完全性」（第一節）に関する規定によって規律される。そして、第三に、いわゆる財産管理の問題については、第四章（財産）に定められる「他人の財産の管理」（第七章）に関する規定が適用される⁴。

本報告書においては、こうした民法典の構成に沿いつつ、日本法において一般的な問題領域の整理方法との対応関係をも考慮して、成年後見に関する一般的規律をみた後に（2.）、身上監護（3.）と財産管理（4.）に関する規律を採り上げる。もっとも、成年後見法関連規定は多岐にわたり、それぞれが独自の特色を有しているから、本報告書においてその全体に触れることはできない。以下では、さしあたり、重点的な調査項目として執筆者に指示された事項を中心として調査結果を示すにとどめる⁵。

¹ ケベック民法典（成年後見関連部分）の既成訳として、法務大臣官房司法法制調査部編『諸外国における成年後見制度』（法曹会、1999年）119頁以下（志村武）、大島俊之「ケベック民法典（翻訳）I-2～I-4」九州国際大学法学論集14巻3号150頁、15巻1号155頁、15巻2号（2008年）185頁を参照することができた。本報告書における翻訳は、これらの訳例を参照しつつ、フランス語正文に即して筆者が訳出したものである。

² ケベック民法典の梗概を説くものとして、大島俊之「ケベック民法典略史」神戸学院34巻2号（2004年）469頁を参照。

³ La Loi sur le curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives, L.Q. 1989, c. 54.

⁴ 「他人の財産の管理」に関する規定の特徴については、高秀成「ケベック民法典における『他人の財産の管理』制度の法典化の意義について」金沢59巻2号（2017年）117頁を参照。

⁵ 法令の参照にあたっては、LégisQuébecのウェブサイト

1-2. 網領的規定および関連分野における立法の動向

準憲法的法律 (loi quasi constitutionnelle) とも称される「人の権利及び自由に関する憲章」47条は、「高齢者 (personne âgée) および障害者はすべて、あらゆる形態の搾取 (exploitation) から保護される権利を有する」と定める。民法典 256条が、成年後見制度の目的を「人格の保護、財産の管理、および、より一般的に私権の行使を保障すること」と明示するとともに(1項)、保護制度によって生じる制限能力はそれに資するものでなければならないと謳うこともまた(同条2項)、憲章47条の趣旨を受けたものとみることができるであろう。

成年後見法に関連する法分野における近年の立法としては、次のものを指摘することができる。

2014年には、「終末期の治療に関する法律」が制定された⁶。同法は、「治療に関する事前指示書 (directives médicales anticipées)」の作成手続が定めたものであり、これを受けて、治療に対する本人の同意に関する民法の規定についても改正が行われた。

2016年には、「年長者 (aînés) その他脆弱な状況にある成年者の虐待への対応に関する法律」が制定された⁷。民事法の領域では、高齢者の居住の安定を図るために、賃貸借契約において特別な取扱いが導入されたことが注目される⁸。

1-3. 障害者権利条約との適合性

カナダは、オーストリア、ノルウェー、オランダと並んで、条約12条について留保を付した国の一つである。カナダが付した留保は、法定代理の仕組みを存置することが条約12条の要請に反しないことを確認するものであった⁹。後述のとおり、ケベ

(<http://www.legisquebec.gouv.qc.ca/fr/>) を利用した。なお、条文番号の掲記は、特に記載がない限りケベック民法典のものである。

文献調査にあたっては、É. DELEURY et D. GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 4^e éd., Yvons Blais, 2008^(*); M. CANTIN-CUMYN et M. CUMYN, *L'administration du bien d'autrui*, 2^e éd., Yvon Blais, 2014 を参照することができたものの、その他の文献は十分に参照することができなかつた(以下、上記の文献は、太字部分のみによって引用する)。文献調査によっては理解し難い点については、Michelle Cumyn 教授(ラヴァル大学)から私信によるご教示を得ることができた。

^(*) 本書の最新版は第5版であるが、本調査の過程で参照することはかなわなかつた。

⁶ RLRQ chap. S-32.0001.

⁷ 2016, c. 21, a. 1; N.I. 2016-12-01.

⁸ 賃貸人が、賃借人に対して、賃貸住宅からの退去を求めようとする場合において、賃借人またはその配偶者が70歳以上であり、契約終了時に10年以上その住居に居住しており、かつ、所得が一定の水準に満たない者である場合には、賃貸人は原則として退去を求めることができないものとされる(1959.1条)。

⁹ その内容は、次のとおりである

([https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-](https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-15.fr.pdf)

15.fr.pdf)。《カナダは、障害者が、他者との平等を基礎として、その生活のあらゆる側面において法的能力を有すると推定されることを認める。カナダは、第12条は、適切な状況のもとで、法律に従って、法的能力の行使について支援 (accompagnement) および代理する措置を許容するものであると史料する。

カナダは、第12条が法的能力の行使に関するあらゆる代理の措置を削除することを義務づける

ック法は、とりわけ保佐類型において、本人の行為能力の制限を伴う法定代理の可能性を広く認める仕組みを採用しているのであるが、留保は、そのような現行法上の仕組みを存置することを目的とするものであったとみられる。

この問題につき、ケベックの公的保佐人（*Curateur public du Québec*）は¹⁰、国連障害者権利委員会による総括所見の提示を受けて、2017年にカナダ法の現状を確認する紀要を刊行している¹¹。総括所見においては、12条に関する留保は障害者の基本権を奪うものであり、条約の目的に反するから、これを撤回すべきであるとの評価が示された¹²。これを受けて、公的保佐人の報告書は、国内法上の制度については二つのことが要請されるとの理解を示す。第一は、障害者を含む市民に対して、意思表明をすることができなくなる場合に備えて、事前に計画を立てるための仕組み（委任契約、保護委任、医療に関する事前指示書）を用意すること。第二は、事前に計画を立てるための手段を利用しなかった者であっても、その権利が保障されるために必要な支援を受けられるようにすること、そのために、本人の意思と選好を尊重しつつ補助者を選任するための立法・司法・行政上の仕組みを整備すること、である。

もっとも、報告書は、ケベック法において採られるべき具体的な対応を示してはいない。こうした目的を実現するために具体的にどのような仕組みを構築するかは、加盟国による選択に委ねられており、よりよい方法を発見するために今後の努力が求められると述べられるにとどまっている¹³。

2. 成年後見法制の特徴と現状

2-1. 基本原則・通則的規定

2-1-1. 基本原則

①本人の利益・自律の尊重

「保護制度の開始に関する決定または被保護成年者に関する決定はすべて、その利益を考慮し、その権利を尊重し、かつ、その自律を保護するものでなければならない」

ものと解釈される限りにおいて、適切な状況のもとで、適切かつ効果的な保障を伴うことを条件として、そのような措置を引き続き用いる権利を留保する。カナダは、第12条4項につき、それらの措置が既にコントロールまたは異議申立てに服するものとされているときは、これを独立の機関によって行われる定期的なコントロールに服させない権利を留保する。》

¹⁰ 「公的保佐人」は、裁判所による任命を受けて後見・保佐に関する事務を行うための公的機関であるとともに、実際に後見事務に当たる個々の者をも意味する。

¹¹ *Curateur public Québec, Bulletin de veille*, vol. 6, n° 1, 2017, p. 4.

(http://www.curateur.gouv.qc.ca/cura/publications/bulletin_veille_vol_6_n°_1.pdf)

¹² *Comité des droits des personnes handicapées, Observations finales concernant le rapport initial du Canada*, p. 2. (<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/112/52/PDF/G1711252.pdf?OpenElement>)

¹³ 本項目の執筆にあたっては、特に Christine Morin 教授（ラヴァル大学）から私信によるご教示を得ることができた。この私信においては、ケベック法の仕組みのうち、障害者権利委員会による一般的意見の趣旨に適うのは「助言者」だけであるとの見方が示されていた。もっとも、後述のとおり（後掲注16）、この制度はほとんど利用されていない。そのためであろう、同教授によれば、近年では、この制度を廃止しようとする立法論議もみられたとのことであった。

(257 条 1 項)。保護制度の選択もまた、財産管理および身上監護に関する本人の判断能力の程度を考慮して行われる(259 条)。必要な限度を超えて保護制度に服させることを避け、本人による自律を可能な限り尊重する趣旨である。

また、自律の原則は、本人の権利関与権としても具体化されている。すなわち、本人の身上に関する裁判が行われる場合には、本人に証言能力がある限り、裁判において本人が意見を述べる機会が与えられる(民訴 391 条)。

②本人への情報提供

自身について保護制度が適用される可能性があるときは、それに関する情報提供を受ける権利が保障されている。保護制度の開始を決定する審判は、本人に対しても通知される(257 条 2 項)。施設の長が公的保佐人に対して本人に判断能力がない旨の通報を行ったときにも、その旨が本人に対して通知される(270 条 1 項)。また、保護制度が開始された後にも、本人にとって可能である限り、本人は、保護制度の実施に関わるあらゆる決定について知らされる権利を有する(257 条 2 項)。

保佐人・後見人は、本人の状況、需要、能力、及びその他本人が置かれた事情を考慮して、物心両面にわたる福祉 (*bien-être moral et matériel*) を保障しなければならない¹⁴(260 条 1 項)。

2-1-2. 未成年後見との関係

近年の立法例においては、未成年後見関連規定と成年後見関連規定とを截然と区別する例が少なくない。これに対して、ケベック法においては、古典的な立法に多くみられたように、未成年後見に関する規定を「必要な修正を加えたうえで」成年者の後見・保佐についても準用する(266 条 1 項)。もっとも、「必要な修正」として何が求められるかは解釈に委ねられているため、実際の取扱いは運用に委ねられるところが大きい。解釈論としては、この点が微妙な問題を生じさせていると指摘される¹⁵。

2-2. 保護制度 (*régime de protection*) の概要

2-2-1. 総説

ケベック法は、いわゆる類型主義を採用する立法例に属する。具体的には、保護制度を行う者は、①「保佐人 (*curateur*)」、②「後見人 (*tuteur*)」、③「補助者 (*conseiller*)」、④「保護委任の受任者 (*mandataire*)」に大別される。①ないし③がいわゆる法定後見の制度であり、本人の能力の程度に応じて使い分けがされる(259 条。本人の能力の低下が最も著しいときに①が利用される)のに対して、④は、自身による意思表示ができなくなった場合に備えて、事前に契約を締結しておくことを内容とする¹⁶。①ないし

¹⁴ なお、本条において挙示される考慮事情は、扶養料を決定する際に考慮される事情と同じものである(587 条)。

¹⁵ DELEURY et GOUBAU, n° 679, p. 593.

¹⁶ 公的保佐人が公表する統計

③の諸制度の概要は、次のとおりである（④については、2-5.において採り上げる）。

2-2-2. 保 佐

保佐人は、自らを世話し（*prendre soin*）、財産を管理する能力が全面的かつ恒常的に失われており、私権の行使について代理を必要とするときに選任される¹⁷（281条1項）。医療行為に対する同意等の例外を除き、被保佐人の行為能力は全般的に制限され、それらの行為については保佐人が代理権を有することとなる。

なお、後見人とは異なり、複数の保佐人を選任することは法の規定においては想定されていない¹⁸。しかし、学説には、解釈により、財産管理と身上監護について異なる保佐人を選任する余地を認めるべきだとする見解がある¹⁹。

2-2-3. 後 見

後見人は、自らを世話し、財産を管理する能力が部分的または一時的に失われており、私権の行使について代理を必要とするときに選任される（285条1項）。裁判所は、身上監護と財産管理のいずれか一方のみについてのみ後見人を選任することができるほか（同2項）、本人の能力の程度を考慮して、本人が自らすることができる行為、後見人による補佐（*assistance*）を受けてすることができる行為、法定代理人によってされるべき行為を個別的に決定することができる（288条。いわゆるオーダー・メイド型の後見）。

2-2-4. 助言者

助言者は、自らを世話し、財産を管理する能力が一般的にまたは通常は備わっているものの、特定の行為につきまたは一時的に、財産管理において補佐または助言を必要とするときに選任される（291条）。助言者の権限は、財産管理の補佐に限定される。

（<https://www.curateur.gouv.qc.ca/cura/fr/curateur/statistiques.html#adultes>）によれば、保佐、後見、助言者、保護委任の利用件数は、それぞれ1万3042件、9371件、235件、1万3039件である。

¹⁷ 「保佐」「後見」の呼称が、フランス法（日本法）のそれとは異なることに注意を要する。なお、前掲（注1）・『諸外国における成年後見制度』は、日本法の呼称と平仄を合わせて、*curatelle*を後見、*tutelle*を保佐と翻訳するが、本報告書においては、原語を尊重し、*curatelle*を保佐、*tutelle*を後見と訳した。

¹⁸ 281条2項は、「一人の保佐人（*un curateur*）」を選任すると定める。

¹⁹ V. DELEURY et GOUBAU, n° 707, p. 618.

2-3. 保護制度の開始

2-3-1. 概要

①総説

成年者の保護制度は、①病気、障害、加齢に伴う精神的な能力および意思表明をする身体的能力の低下によって、自らの身上を監護することができなくなった場合、または、②浪費によってその配偶者、法的パートナーシップ²⁰のパートナー (*conjoint uni civilement*) または未成年子の福祉に危険が生じる場合に適用される²¹ (258条)

②保護制度の開始

保護制度は、保護委任の発効も含めて、すべて裁判所の関与を経て開始される (268条1項)。

法定後見の開始を申し立てることができるのは、本人、その配偶者、本人に近い血族および姻族、本人のために特別の利益を証明した者、その他の本人にとっての利益となるあらゆる者(本人によって選任された代理人および公的保佐人を含む)である (269条)。これに対して、保護委任は、受任者の申立てによって発効する (後述)。

以上に加えて、本人が治療またはサービスを受ける保健・福祉施設の職員は、本人に十分な判断能力がなく、その権利行使について補佐または代理を必要とするときは、公的保佐人に対してその旨を通報しなければならない (270条1項)。通報を受けた公的保佐人は、本人について保佐・後見開始の審判の申立てをするかどうかを判断することとなる²²。

③保全措置

裁判所は、本人の利益を保護するために、審判前に本人の身上監護・財産管理のために必要な措置を命じることができる (272条)。緊急を要する財産管理については、一定の要件のもとで、前述の申立権者が財産を保全するために必要な行為 (事務管理) をすることが特に認められている (273条2項)。

2-3-2. 担当裁判官

後見関連事件を専属的に処理する裁判所を設置する立法とは異なり、ケベック法に

²⁰ 法的パートナーシップは、2002年に導入された制度であり、同性・異性を問わず、婚姻によらずにパートナーシップを結ぶことができる (121.1条以下)。法的パートナーシップを締結しようとする者は、その旨の届出をしなければならず、届出がされると身分証書 (*acte de l'état civil*) が調製される (107条以下)。

²¹ ケベック州の人口が842万5996人 (2017年推計) であるのに対して、(<http://www5.statcan.gc.ca/cansim/a26?lang=eng&retrLang=eng&id=0510005&paSer=&paTtern=&stByVal=1&p1=1&p2=31&tabMode=dataTable&csid=>)、成年後見関連の保護制度 (保佐・後見・助言者・保護委任) の利用件数 (2016年) は、前述のとおり、合計で3万5687件を数える。

²² このように、施設職員は、公的保佐人に対して通報をすることが予定されているため、269条の意味における「利害関係人」には当たらず、したがって、自ら申立人となることはできないとするのが判例であるとされる (*v. DELEURY et D. GOUBAU*, n° 681, p. 595 *texte et note* 9)。

においては、一般の裁判所が後見関連事件を受理する。

成年後見事件に特化した申立て支援制度も存在しないようである。ただし、収入が一定の水準に満たない者は、無償で訴訟を提起することができるため（訴訟救助及びその他の法的サービスに関する法律 4.1 条、4.7 条 1 項）、この制度が申立ての助成として機能する余地があるものと思われる。

2-3-3. 後見人の選任

後見人の選任に関しては、公的機関が後見人に就任する場合と、私人が後見人に就任する場合とを大きく区別することができる。

①私人による後見

私人による後見は、家族や近親者によって行われることが主に想定されている。

②公的保佐人による後見

これに対して、公的機関による後見は、公的保佐人によって行われる。

公的保佐人による後見は、制度上はあくまで例外と位置づけられている²³。すなわち、公的保佐人は、自身と保佐人・後見人を交替することができる者を探索しなければならず、そのために、本人の親族・近親者を招集する等の措置を講じることができる（公的保佐人に関する法律 15 条）。また、利害関係人から公的保佐人に対しても、保佐人・後見人の交替を求めることができる（266 条・252 条）。

公的保佐人の職務の内容は、民法が個別に定めるほか、「公的保佐人に関する法律」によって規定される。すなわち、公的保佐人は、裁判所の指名を受けたときは、自ら後見人・保佐人として他人の財産の管理を行うほか（公的保佐人に関する法律 12 条 2 項 2 号）、後見人・保佐人による財産管理を監督する責務を負う（同 1 号）。加えて、後見関連事件の裁判手続への参加権が与えられている（13 条）。

2-4. 保護制度の改定

ケベック法には、期限を定めて保護制度を言い渡す仕組みは存在しない。ただし、3 年未満の期間ごとに定期的に改定（révision：見直し）が行われることとなっている（278 条）。このほか、改定は、①申立てに（277 条）、②保健・福祉サービス施設の長による改定通報（279 条、280 条）によっても行われる。

2-5. 保護委任（mandat de protection）

ケベック法は、契約による保護制度である「保護委任」をいち早く法典化したことで知られる。保護委任は、前述のとおり、保護制度全体のなかでも活発に利用されている

²³ 前出の統計（注 16）によれば、私人・公的保佐人による後見の件数は、それぞれ 2 万 2275 件、1 万 3412 件（公的保佐人による受任件数の割合＝約 37.6%）である。例外とはいっても、公的保佐人が現に果たしている役割を看過することはできない。

類型である（保護制度全体の約 36.5 パーセントを占める）。

2-5-1. 法的性質

保護委任は、一種の委任契約である（2166 条以下）。しかし、一般の委任契約とは取扱いを異にする点が少なくなく、その法的性質を委任と無条件に同視することはできない。主な相違点を挙げれば、次のとおりである²⁴。第一に、保護委任は、契約ではなく、ある種の単独行為によって行われることがあると指摘される（2167 条）。第二に、保護委任の効力が生じるためには、本人がもはや自ら意思表示をすることができない状態であることを裁判所が承認（homologation）しなければならない（2166 条 2 項）。第三に、委任の範囲に疑いがある場合には、保護委任は、成年後見に関する規定に従って解釈される（2168 条 1 項）。いいかえれば、保護委任における財産管理は、別段の定めがない限り、他人の財産の管理に関する規定に従って行われる。

2-5-2. 保護委任の締結・発効

保護委任の締結・発効については、一般法上の委任とは異なる規定が設けられている。

① 締 結

保護委任は、公正証書によって作成されるか、または承認の面前で作成されなければならない²⁵。また、未成年者は、保護委任を締結することができない（2166 条 1 項）。

なお、複数の受任者との間で保護委任を締結することができるか否かについては、明文の定めがない。学説は、これを禁ずる趣旨の規定がない以上、身上監護と財産管理をそれぞれ別の者に受任することは妨げられないけれども²⁶、代理権の範囲等についての疑義が生じることを防ぐためには、単一の受任者を選任したうえで、一部の事務処理を補助者に委ねることを認めておくほうが望ましい（2140 条 1 項を参照）と指摘する²⁷。また、身上監護については、属人的な性格が強いため、法人を受任者とするのは許されないと解されている。

② 発 効

保護委任は、締結方式の如何を問わず、受任者の申立てによって裁判所の承認を受けたときに発効する（2166 条 2 項）。受任者による委任発効の申立てには、保健・福祉サービスの専門家による医学的・心理福祉的所見を付することを要する。

²⁴ V. CANTIN-CUMYN et CUMYN, n° 119, p. 106.

²⁵ モデル書式は、公的保佐人のウェブページから閲覧することができる

(http://www.curateur.gouv.qc.ca/cura/fr/outils/publications/mon_mandat.html)。

²⁶ 前掲のモデル書式（注 25）においても、複数の受任者を選任する場合が想定されている。

²⁷ DELEURY et GOUBAU, n° 740, p. 646. 2140 条 1 項は、委任者は原則として自己執行義務を負うとしつつ、委任契約において補助者の使用を許可することができると定める。

2-5-3. 保護委任の内容・効果

保護委任の委任事項は、財産管理のみならず、身上監護にも及び得る。身上監護を委任されたときには、受任者は、治療に関する代行的意思決定を行う権限を有することとなる²⁸（15条、後述）。

委任契約の内容は、基本的には当事者の合意と委任契約の一般原則に従って定まる²⁹。すなわち、保護委任は、無償・有償のいずれの形態でも締結することができる（2133条）。いずれの場合にも、受任者は費用償還請求権を有する（2171条・2150条）。これに対して、無償委任に特有の規律としては、受任者が損害賠償義務を負うときに、裁判所がその額を減額することが認められている（2148条）。

受任者は、委任者に対し、委任契約に定められた義務を負うほか、通常の委任者（2138条から2148条まで）および他人の財産の管理者と同様の義務を負う。また、保護委任の受任者に特有の義務として、受任者には、委任者の意思と物心両面にわたる福祉を尊重することが求められる（2131条）。

なお、委任者は、受任者に権限が授与された限りにおいて行為能力を喪失するとするのが判例である³⁰。

2-5-4. 保護委任の終了

保護委任は、①委任者が自ら判断をすることができる状態を回復したことが裁判所において確認されたとき（2172条1項）、②受任者または委任者の死亡、③受任者について保護制度が開始され³¹、または有償委任において受任者が破産したとき³²（2175条）、④当事者による委任契約の解除³³（2172条1項、2175条1項）、⑤受任者の解任（2177条）によって終了する。これに対して、委任者について法定の保護制度が開始された場合には、保護委任は当然には終了しない。保護制度は、保護委任を補充するために活用することもできるからである（2169条1項）。

²⁸ そのため、事前指示書が制度化される以前には、もっぱら保護委任を締結することによって治療に関する意思表示がされていた。また、事前指示書が導入された後にも、事前指示書の書式に含まれない事項については、依然として保護委任を利用することが本人の意思表示手段として機能する。こうしたことが、保護委任の利用件数を伸長させてきたことの一因ともなっていたと推測され得よう。

²⁹ ただし、前述のとおり、委任契約の定めが不明瞭な点については成年後見に関する規定が準用される（2166条）ことに注意を要する。

³⁰ *Re Bédard* (19 novembre 1990), C. S. Montréal, n° 500-14-001920-909 (判決原文未見)。

³¹ もっとも、受任者について終了原因が生じた場合には、受任者の交替に関して定める条項が委任契約中にあれば、既存の保護委任を終了させず、新たな受任者のもとでこれを継続させる余地がある。

³² 無償委任の場合には、受任者の破産は、委任の終了原因とはならない（2175条2項）。無償で委任を受ける場合には、受任者の経済事情を考慮せず、本人の近親者を選ぶことが多いというのが、その理由である（DELEURY et GOUBAU, n° 778, p. 678）。

³³ ただし、受任者が委任契約を解除するときには、受任者の交替に関する契約条項が存するときはそれに従って新たな受任者を選任し、それがないときは保護制度の申立てをしなければならない（2174条）。

3. 身上監護

3-1. 身上監護の実施

3-1-1. 本人の監護

保佐人・後見人は、精神面で本人の福祉に資するために、本人との人的関係を維持しなければならず³⁴、また、本人を監護する責任 (*responsabilité de la garde*) をも負う (260 条 1 項)。ただし、本人が施設に入所している場合には、保佐人・後見人は、病院等の施設に監護を委託することができる (同条 2 項)。

監護責任が課されることの帰結として、保佐人・後見人は、事理弁識能力を有しない者の行為に対する監督責任を負う (1457 条 3 項)。ただし、民法は、保佐人・後見人については責任の軽減を認める。すなわち、保佐人・後見人が損害賠償責任を負うのは、監護を行うに際して自らに故意または重過失 (*faute intentionnelle ou lourde*) があつた場合に限られる (1461 条)。

3-1-2. 公的保佐人の役割

なお、公的保佐人は、保佐人・後見人に選任された場合であっても、原則として身上監護を行わない。公的保佐人が身上監護を行うのは、他に身上監護を行う者がなく、裁判所が特に公的保佐人に対して身上監護を命じた場合に限られる (263 条 1 項)。

3-2. 人格的利益に関わる法律行為

本人の生活環境をできる限り保持し、本人の来歴やアイデンティティを尊重するという人格保護の理念は、財産管理権限に対しても一定の制約をもたらす。

まず、本人の住居、および家族に関わる重要な財産を売却する際には、裁判所の許可を得なければならない (266 条 1 項・213 条)。

また、後見の場合には³⁵、本人の住居およびこれに付随する動産に関する処分は本人が行う。後見人は、これらの物については原則として一時的な利用権を設定することしかできず、この利用権は、本人が住居に戻るときには当然に消滅するものとされる (275 条 1 項)。例外的に、後見人がこれらの財産を処分することができるのは、その必要があるか、または本人の利益に資する場合であつて、かつ、後見会の許可を得たときに限られる。ただし、この場合であっても、「思い出の品その他人格に関わる物」は、特にやむを得ない理由 (*motif impérieux*) がない限りは処分することができない (同条 2 項)。

³⁴ たとえば、本人が施設に入居しているときにも、保佐人または後見人は本人との面会を維持することが要請される (DELEURY et GOUBAU, n° 668, p. 577)。もっとも、公的保佐人が自ら本人との面会を維持することは困難であるため、公的保佐人は、自身に代わって本人と面会する者を指名することができる (264 条 1 項)。

³⁵ 保佐の場合にも以下に述べる準則が準用されるかについては、議論があり得る。DELEURY et GOUBAU, n° 670, p. 579 は、本人のアイデンティティを尊重する趣旨からすれば、本条の規律は保佐の場合にも及ぼされてよいと論じる。

3-3. 医的侵襲・終末医療に関する選択

3-3-1. 総説

ケベック民法は、身体の完全性への権利を保障し（10条1項）、本人の同意なくして身体に侵襲を加えることを禁じる（11条1項）。したがって、医的侵襲を加えるためには、本人の同意を要するのが原則である。本人は、自ら意思を表明することができなくなる場合に備えて、治療に関する事前指示書を作成することができる（終末期の治療に関する法律 51条以下³⁶）。事前指示書が作成された場合には、これが本人の同意としての役割を果たすこととなる（3-3-2.）。

これに対して、本人が治療に対する同意・拒絶の意思を表明することができず、かつ、事前指示書も作成されていないときは、法律または保護委任によって認められた者が、本人に代わってその意思を表明することとなる³⁷（11条2項）（3-3-3.）。

3-3-2. 治療に関する事前指示書

治療に関する事前指示書は、特定の治療の適否に関する選択をあらかじめ表明するための制度として、終末期の治療に関する法律（2014年6月5日）によって導入された（以下、本項において「同法」と略記する）。その梗概は、次のとおりである。

治療について同意することができる成年者は、治療に関する事前指示書を作成することによって、自身が受ける可能性のある治療に対する諾否の意思をあらかじめ表明することができる³⁸（同法 51条1文）。指示書は、公証人によって作成されるか、本人自らが所定の書式に記入し、2人の証人が署名することによって作成される（同法 52条、53条）。こうして作成された指示書は登録簿（同法 63条）に登録され、医師は、自ら意思表明をすることができない患者の治療に当たるときには、登録簿への照会を行い、事前指示書の有無を確認することとなる（57条1文）。

事前指示書による指示がされている限りにおいては、当該治療については本人が自ら意思表明をしているから、代行決定が問題とされる余地はない。

3-3-3. 代行決定

治療行為や施設への収容について本人自らが同意することができない場合には、一定の要件もとでその決定を代行する余地が認められている。民法は、治療行為と施設への収容について特に規定を設けている。

①治療行為

³⁶ 本法律および治療に関する事前指示書制度の解説として、Le ministère de la Santé et des Services sociaux, *Directives médicales anticipéesX – Loi concernant les soins de fin de vie, 2016* (<http://publications.msss.gouv.qc.ca/msss/docuement-001602/>)がある。

³⁷ 以上のほか、生命・身体が危険にさらされる緊急の状況がある場合には、例外的に、これらの同意を得ずに医的侵襲を加えることが認められる（13条1項）。

³⁸ ただし、安楽死のための措置 (*aide médicale à mourir*) を求めることはできない（2文）。

代行決定の仕組みは、問題となる治療が本人の健康状態によって必要とされるものであるか否かに応じて区別される。すなわち、――

本人の健康状態によって必要とされる治療に関しては、本人に同意をする能力がないことが確認され、かつ、事前指示書も作成されていないときは、まず、保護委任の受任者、保佐人または成年後見人が同意を与えることができる（15条1文）。これらの者がいないときは、配偶者、非婚パートナー（法的パートナーシップの届出がなされた場合のほか、事実上のパートナーを含む）が同意する。さらに、それらの者がなく、またはそれらの者が同意することができないときは、近親者、本人について特別な利害関係を有することを証明した者が同意する（同2文）。

本人に代わって同意を与える権限を有する者が、同意を与えることができず、または不当に同意を拒絶するときは、裁判所の許可を得ることとなる。同意能力を有しない成年者が、治療を受けることを頑なに拒絶する（*refuse catégoriquement*）ときもまた、同様とされる（16条1項）。

本人の健康状態によって必要とされない治療に関しては、成年者本人が意思表示をすることができないときは、保護委任の受任者、保佐人、成年後見人が同意を与える（18条）。

以上のいずれの場合においても、代行決定を行う者は、本人の利益のみを考慮し、かつ、本人が過去に表示することができた意思を尊重して決定を下さなければならない（12条1項）

②施設への収容

法律または裁判所がこれを認める場合を除き、本人の同意なくして保健施設または福祉施設に収容されることはないのが原則である（26条1項）。ただし、これには次の例外がある。

第一に、本人自らが意思表示をすることができないときは、保護委任の受任者、保佐人または後見人が本人に代わって同意することができる。もっとも、この場合であっても、本人が反対する場合には、それに反して同意を与えることは許されない（同条2項）。

第二に、本人の精神状態により、本人または第三者に危険が生じると信ずべき重大な事由がある場合には、または利害関係人の請求に基づき、裁判所が、本人の同意なしに、保健施設または福祉施設への一時的な収容を命ずることができる（27条1項）。さらに、危険が重大かつ緊急のものである場合には、裁判所の命令によらず、「本人又は第三者に対して危険を及ぼす精神状態にある者の保護に関する法律」所定の手続によって本人を施設に収容することができる（同条2項）。

4. 財産管理

4-1. 能力

4-1-1. 保佐

保佐が開始されると、本人は、法律行為全般にわたって行為能力を制限される。また、遺言（710条、711条）、贈与（1813条）、夫婦財産に関する契約（436条³⁹）は、法定代理人によってもすることができない。会社の業務執行者、他人の財産の管理者となることもできない（1355条）。

被後見人がした行為は、無効とする（annuler）ことができるほか、その債務を縮減することができる（283条）。また、保護制度が開始される前にした行為についても、法律行為がされた時点において本人に判断能力がないことが公知であるか、あるいは相手方がこれを認識していたときには、無効・債務縮減が認められる（284条）。

4-1-2. 後見

後見は、本人の判断能力が部分的に不十分であるか、または一時的に不十分である場合に開始される。具体的にどのような行為について行為能力が制限されるかは、審判によって決せられることとなる。保佐の場合とは違って、自らの労働によって得た利益を自由に保持することができるほか（289条）、遺言（709条）、贈与（1813条、1814条）、夫婦財産に関する契約（436条）を自ら締結することができ、かつ、会社の業務執行者（327条）、他人の財産の管理者（1355条）になることもできる。

後見人が代理すべき行為を被後見人がした場合の効果は、未成年者のそれに準じる（287条・155条）。すなわち、当該行為を無効とすることができるほか、損害が証明されたときにはその債務を縮減することができる。また、保護制度が開始される前にした法律行為は、保佐について述べたところと同様に扱われる⁴⁰（290条）。これに対して、後見人の補佐を得なければならないにもかかわらず、これを得ずに被後見人が自らした行為の効果については、規定はない。学説は、助言者が選任された場合において、補佐を得ずにした行為の効果に関する規定が準用されるべきであると説く⁴¹。

4-1-3. 助言者の選任

助言者が選任される場合には、本人の行為能力は制限されない。

本人が助言者の関与を経ずにした法律行為は、損害が証明されたときに限り、無効とし、または債務を縮減することができる（294条）。これに対して、助言者が選任さ

³⁹ 同条は、後見に付され、または助言者が選任された成年者は、補佐を得て夫婦財産に関する契約を締結することができる旨を定める。その反対解釈として、保佐に付された成年者は、夫婦財産に関する契約を締結することはできないと解される。

⁴⁰ その結果、債務縮減の要件については、後見開始の審判がされる前には損害の証明を要しないのに対して、後見開始の審判がされた後にはそれが要求されることとなっており、不均衡が生じているとの指摘もみられる（DELEURY et GOUBAU, n° 711, p. 621）。

⁴¹ DELEURY et GOUBAU, n° 743, p. 628.

れる前になされた法律行為については、特にその取扱いを定めた規定はない。

4-2. 代理

保佐人および後見人は、本人の法律行為の全部または一部を代理する権限を有する。

4-2-1. 保佐

保佐人は、本人の財産につき完全管理 (plein administration) の権限を有する⁴² (282 条)。したがって、保佐人の権限は広範に及ぶ反面 (1307 条)、単に本人の財産を保存するにとどまらず、これを収益して増価させる義務を負うこととなる⁴³ (1306 条)。ただし、公的保佐人が保佐人となる場合には、単純管理 (simple administration) の権限を有するにとどまる (262 条、公的保佐人に関する法律 30 条)。

4-2-2. 後見

被後見人の能力制限の範囲が審判によって定まることに対応して、後見人の権限の範囲もまた審判によって定まる。

裁判所が別段の決定をしない限り、後見人がもつ権限は、保佐人のそれよりも狭く、単純管理に限定される。これは、未成年後見人がもつ権限と基本的に同等である (286 条・287 条)。

4-3. 補佐

後見人および助言者は、本人による法律行為を補佐する (assister) 役割を担う。

4-3-1. 後見

後見人は、裁判所によって被後見人が自らすることができるとされた法律行為については、被後見人を補佐する (282 条 2 項)。

4-3-2. 助言者

助言者は、審判によって指定された特定の行為について本人を補佐する (292 条、293 条)。

【注記】 本報告書において参照されるウェブページは、いずれも 2017 年 12 月 31 日時点において閲覧可能であったものである。

以上

⁴² 完全管理および単純管理 (次述) の概念につき、高・前掲論文 (注 4) 127 頁以下を参照。

⁴³ ただし、財産運用 (placement) に関しては、確実性のある方法を選ばなければならない (282 条)。

第5章 カナダ

—第2節 オンタリオ法—

関東学院大学法学部 教授

志村 武

1. はじめに

カナダのオンタリオ州には主要な成年後見法として2つの制定法が存在している。すなわち、最も基本的な成年後見の一般法典である1992年代行決定法（Substitute Decisions Act, 1992, S.O. 1992 c. 30.）と身上監護に関する基本法典である1996年身上監護同意法(Health Care Consent Act, 1996, S.O. 1996 c. 2, Schedule A.)である¹。

以下、本報告書においては、身上監護、財産管理に関する法定後見と任意後見を規制する最も基本的な成年後見の一般法典である1992年代行決定法と医療を含む身上監護に対する同意を規定し身上監護に関する基本法典であるといえる1996年身上監護同意法によりオンタリオ州における成年後見法制を紹介することとしたい。

2. 1992年代行決定法

2-1. 条文の構成

最初に1992年代行決定法の構成を条文見出し²を列挙することによって確認すると、次のとおりである。

総則

第1条 解釈

第2条 能力の推定

第3条 能力が問題となっている者の訴訟代理人

¹ Timothy C. Matthews, QC, TEP, Stewart McKelvey, Halifax, Nova Scotia., QC, BSc, JD, BCL, “Perspectives on Financial Abuse of Elders in Canada”, *Trusts & Trustees* (2017) 24 (1): 73, at Schedule of provincial and territorial statutes (2018)は、オンタリオ州の主要な成年後見法として1992年代行決定法（Substitute Decisions Act, 1992, S.O. 1992 c. 30.）1996年身上監護同意法(Health Care Consent Act, 1996, S.O. 1996 c. 2.)と1994年長期世話法(Long-Term Care Act, 1994, S.O. 1994 c. 26.)を挙げている。このうち1994年長期世話法は2010年7月1日に廃止され、1994年在宅世話及び地域社会サービス法(Home Care and Community Services Act, 1994, S.O. 1994 c. 26.)に統合されている。

² 条文見出しは見出しの原語の意味を尊重しつつも、いわゆる原語の直訳ではなく一読して条文の内容が理解できるような訳語となるように心がけた。なお、1992年代行決定法の条文見出しの原語がオンタリオ州公式ホームページに公表されている条文見出し <https://www.ontario.ca/laws/statute/92s30?search=e+laws> とレキシスの条文見出しで異なるときはオンタリオ州公式ホームページの条文見出しに依拠した。

第1編 財産

第1章 総則

第4条 本編の適用範囲

第5条 代理人適齢

第6条 財産管理に関する無能力

第2章 財産のための持続的代理権（任意後見）

第7条 財産のための持続的代理権（任意後見）

第8条 持続的代理権の授権能力

第9条 作成者の無能力と持続的委任状の有効性

第10条 持続的委任状の作成

第11条 任意後見人の辞職

第12条 任意後見の終了

第13条 任意後見の終了又は無効後の代理権行使

第14条 準拋法廃止後の一定の現存委任状の有効性

第3章 法律の定めによる財産後見人

第15条 法律の定めによる後見人としての公後見人・受託者(Public Guardian and Trustee)

第16条 法律の定めによる後見人を付するための能力鑑定

第16.1条 任意後見による法律の定めによる後見の終了

第17条 公後見人・受託者の交替

第18条 法律の定めによる後見人の証明書の発行拒否

第19条 法律の定めによる後見人の死亡など

第20条 法律の定めによる後見の終了

第20.1条 無能力の鑑定

第20.2条 無能力認定の審査の申立て

第20.3条 法律の定めによる後見の裁判所による終了

第21条 公後見人・受託者の通知転送義務

第4章 裁判所の選任する財産後見人

第22条 財産後見人の裁判所による選任

第23条 手続

第24条 選任基準

第25条 無能力の認定

第26条 選任命令の変更又は交替

第 27 条 暫定的後見人、裁判所による選任

第 28 条 終了

第 29 条 一時停止

第 30 条 終了の手續【要検討】

第 5 章 財産管理

第 31 条 後見人の権限

第 31.1 条 個人情報を利用する権利

第 32 条 後見人の義務

第 33 条 後見人の責任

第 33.1 条 遺言

第 33.2 条 他人の管理する財産

第 33.3 条 既存の会社の負債及び責任

第 34 条 取引の完了

第 35 条 公後見人・受託者、遺言執行者の権限

第 35.1 条 特定遺贈の目的財産の処分

第 36 条 処分の収益

第 36.1 条 公後見人・受託者による後見の証明

第 37 条 必要な支出

第 38 条 持続的委任状による代理人（任意後見人）

第 39 条 裁判所の指示

第 40 条 報酬

[第 41 条 廃止]

第 42 条 会計報告書の引渡し

第 2 編 身上

第 1 章 総則

第 43 条 本編の適用範囲

第 44 条 代理人適齢

第 45 条 財産管理に関する無能力

第 2 章 身上監護のための委任状（任意後見）

第 46 条 身上監護のための委任状（任意後見）

第 47 条 身上監護代理権の授権能力

第 48 条 作成

第 49 条 代理権の発効時期

- 第 50 条 特別規定、実力の行使
- 第 51 条 能力の鑑定
- 第 52 条 任意後見人の辞任
- 第 53 条 終了
- [第 54 条 廃止]

第 3 章 裁判所の選任による身上後見人

- 第 55 条 裁判所による身上後見人の選任
- 第 56 条 裁判所の命令による選任の手続【要検討】
- 第 57 条 選任基準
- 第 58 条 無能力の認定
- 第 59 条 全面的な後見
- 第 59.1 条 個人情報を利用する権利
- 第 60 条 部分的な後見（制限された後見）
- 第 61 条 選任命令の変更又は交替
- 第 62 条 暫定的後見人、裁判所による選任
- 第 63 条 終了
- 第 64 条 一時停止
- 第 65 条 終了の手続【要検討】

第 4 章 身上後見人及び身上監護のための任意後見人の義務

- 第 66 条 後見人の義務
- 第 67 条 任意後見人の義務
- 第 68 条 裁判所の指示

第 3 編 後見申立手続

- 第 69 条 通知の送達
- 第 70 条 必要的書類
- 第 71 条 任意的書類
- 第 72 条 必要的書類、正式事実審理を経ない処理、財産後見人選任の申立て
- 第 73 条 必要的書類、正式事実審理を経ない処理、財産後見終了の申請
- 第 74 条 必要的書類、正式事実審理を経ない処理、身上後見人選任の申立て
- 第 75 条 必要的書類、正式事実審理を経ない処理、身上後見人終了の申請
- [第 76 条 廃止]
- 第 77 条 正式事実審理を経ない処理

第4編 雑則

- 第78条 鑑定を拒否する権利
- 第79条 鑑定命令
- 第80条 一方的緊急差止命令
- 第81条 鑑定命令の執行命令
- 第82条 公後見人・受託者の立入権限
- 第83条 公後見人・受託者の記録を利用する権利
- 第84条 証拠としての陳述書
- 第85条 法の抵触、方式
- 第86条 オンタリオ州外の裁判所でなされた命令
- 第87条 ボランティア
- 第88条 調停
- 第89条 違反
- 第90条 規則
- 第91条 移行
付則

2-2. 特徴

以上の構成から、1992年代行決定法は、財産管理（第1編 財産）と身上監護（第2編 身上）のそれぞれについて日本法上の任意後見（第1編第2章、第2編第2章）と法定後見（第1編第3章・第4章、第2編第3章）の両方について規定している制定法であるといえる。

また一般に成年後見は任意後見と法定後見に大別されるが、財産後見については、日本法上の法定後見人に相当するものとして裁判所の選任する法定代理人に加えて、裁判所の選任によらない「法律の定めによる後見人(statutory guardian)」が存在し、運用されている。たとえば精神保健施設の患者について財産管理につき無能力であるとの精神保健法上の証明書が発行されたときなど一定の要件の下で自動的に公後見人・受託者(Public Guardian and Trustee)が「法律の定めによる後見人(statutory guardian)」となる。このオンタリオ州における1992年代行決定法上の法律の定めによる後見制度は日本法にはない特徴的な制度であるといえよう。

3. 1996年身上監護同意法

3-1. 条文の構成

1996年身上監護同意法の構成を条文見出し³を列挙することによって確認すると、

³ 条文見出しの訳語については（注2）と同様に条文の内容を訳出するように心がけた。また1996年身上監護同意法の条文見出しの原語がオンタリオ州公式ホームページに公表されている

次のとおりである。

第1編 総則

- 第1条 趣旨
- 第2条 解釈
- 第3条 「除外される行為」の意義
- 第4条 能力
- 第5条 希望
- 第6条 学術研究、不妊手術、移植
- 第7条 拘束、抑留

第2編 治療

第1章 総則

- 第8条 本編の適用範囲
- 第9条 「代行決定者(substitute decision-maker)」の意義

第2章 治療に対する同意

- 第10条 同意なければ治療なし
- 第11条 同意の要件
- 第12条 治療に対する同意に含まれるもの
- 第13条 治療計画
- 第14条 同意の撤回

第3章 能力

- 第15条 能力者か無能力者は治療によって決まること
- 第16条 本人の能力回復
- 第17条 身上監護従事者から本人への情報提供
- 第18条 治療開始が禁止される場合
- 第19条 上訴中の治療許可命令

第4章 無能力者に代わってなされる同意

- 第20条 同意又は同意拒絶する権利を有する者
- 第21条 同意又は同意拒絶をする際に依拠すべき原則
- 第22条 代行決定者の情報受領権

条文見出し <https://www.ontario.ca/laws/statute/96h02#BK5> とレキシスの条文見出しで異なるときはオンタリオ州公式ホームページの条文見出しに依拠した。

第 23 条 付随的治療

第 24 条 病院などの施設への入所

第 5 章 緊急治療

第 25 条 緊急治療

第 26 条 希望に反する治療の禁止

第 27 条 同意拒絶にもかかわらず緊急治療が許される場合

第 28 条 病院などの施設への入所

第 6 章 責任からの保護

第 29 条 責任からの保護

第 30 条 他人に代わって決定する者の免責

第 31 条 病院などの施設への入所

第 7 章 委員会への申立て

第 32 条 無能力認定の審査の申立て

第 33 条 代理人(**representative**)選任の申立て

第 34 条 治療場所に関する申立て

第 35 条 指示の申立て

第 36 条 本人の希望に従わないことの申立て

第 37 条 第 21 条との適合性決定の申立て

第 37.1 条 能力に関する申立ての擬制

第 3 編 世話施設への入所

第 1 章 総則

第 38 条 本編の適用範囲

第 39 条 定義

第 2 章 無能力者に代わってなされる同意

第 40 条 無能力者に代わってなされる同意

第 41 条 同意権者又は同意拒絶権者の決定

第 42 条 同意又は同意拒絶をする際に依拠すべき原則

第 43 条 代行決定者の情報受領権

第 44 条 付随的決定

第 45 条 同意の撤回

第 46 条 施設入所が禁止される場合

第3章 危機による施設入所

第47条 同意なしでの施設入所の許可

第47.1条 無能力

第4章 責任からの保護

第48条 外観上有効だと思われる施設入所の同意

第49条 他人に代わって決定する者の免責

第5章 委員会への申立て

第50条 無能力認定の審査の申立て

第51条 代理人選任の申立て

第52条 指示の申立て

第53条 本人の希望に従わないことの申立て

第54条 第42条との適合性決定の申立て

第54.1条 能力に関する申立ての擬制

第4編 個人的な援助サービス

第1章 総則

第55条 本編の適用範囲

第56条 「代行決定者(substitute decision-maker)」の意義

第2章 無能力者に代わってなされる決定

第57条 無能力者に代わってなされる決定

第58条 決定権者の決定

第59条 無能力者に代わって決定がなされる際に依拠すべき原則

第60条 代行決定者の情報受領権

第61条 決定の変更権

第62条 個人的な支援サービスに対する同意に含まれるもの

第62.1条 評価者の本人への情報提供義務

第3章 責任からの保護

第63条 責任からの保護

第64条 個人的な支援サービス受領者に代わって決定する者の免責

第4章 委員会への申立て

- 第 65 条 無能力認定の審査の申立て
- 第 66 条 代理人選任の申立て
- 第 67 条 指示の申立て
- 第 68 条 本人の希望に従わないことの申立て
- 第 69 条 第 59 条との適合性決定の申立て
- 第 69.1 条 能力に関する申立ての擬制

第 5 編 同意と能力に関する委員会

- 第 70 条 同意と能力に関する委員会
- 第 70.1 条 委員会の管轄権の制限
- 第 71 条 委員長と副委員長
- 第 71.1 条 免責
- 第 72 条 職員
- 第 73 条 申立て担当委員の割当て
- 第 74 条 除斥
- 第 75 条 申立ての審理
- 第 76 条 文書の調査
- 第 77 条 審理の係争事項に関する情報伝達の禁止
- 第 78 条 審理欠席委員の決定参加の禁止
- 第 79 条 証拠の返還
- 第 80 条 委員会の決定に対する上訴
- 第 81 条 無能力者に対する弁護人の付与

第 6 編 雑則

第 1 章 総則

- 第 82 条 違反—虚偽主張
- 第 83 条 違反—希望の不実表示
- 第 84 条 違反—希望に反する決定
- 第 85 条 規則
- [第 86 条 廃止]
- 第 87 条 移行期の適用、治療
- 第 88 条 移行期の適用、世話施設への入所
- 第 89 条 移行期の適用、第 19 条
- 第 90 条 移行期の適用、第 32 条
- 第 91 条 移行期の適用、第 33 条
- 第 92 条 移行期の適用、第 34 条

第 93 条 移行期の適用、第 35 条

第 94 条 移行期の適用、第 36 条

3-2. 特徴

3-1. で見たように、1996 年身上監護同意法は、第 2 編で医療のみならず身上監護(health care)の目的を含む広汎な「治療(treatment)」、第 3 編で「世話施設への入所(admission to care facility)」、第 4 編で人が生きてゆく上で必要な衣食住などの日常生活全般に関する福祉サービスを網羅する「個人的な援助サービス(personal assistance service)」という 3 つの身上監護に関する領域における行為⁴について、本人が同意能力を有するときは本人の同意を、本人が同意能力を有しないときは本人に代わって同意又は同意拒絶する権限をもつ身上法定後見人や身上任意後見人、代理人(representative)、一定の親族からなる⁵「代行決定者(substitute decision-maker)」⁶の同意を要求している。

「同意なければ治療なし」という見出しをもつ第 10 条第(1)項と「委員会又は裁判所の見解が規準となる」という見出しをもつ第(2)項は、次のように治療と同意に関する基本原則について明文で規定している。

「(1) ある者に対して治療を提案する身上監護従事者(health practitioner)は、次の(a)又は(b)の場合を除いて、当該治療を実施してはならず、当該治療が実施されないことを担保するための合理的な手順を履まなければならない。

(a) その者が当該治療に対して能力を有しており、その者が同意を与えている、と考えること、又は

(b) その者が当該治療に対して無能力であり、その者の代行決定者が本法に従ってその者に代わって同意を与えている、と考えること。」

「(2) その者は治療について無能力であると身上監護従事者が考えるが、当該身上監護従事者の認定についてなされた審査の申立てに対して委員会によって、又は当該委員会の決定に対する上訴に対して裁判所によって、その者が当該治療について能力があると判断されたときは、その者が同意した場合を除いて、当該身上監護従事者は当該治療を実施してはならず、当該治療が実施されないことを担保するための合理的な手順を履まなければならない。」

さらに「治療」に関する第 21 条は「同意又は同意拒絶をする際に依拠すべき原則」について、第(1)項で「無能力者に代わって治療に対して同意又は同意拒絶する者は、以下の原則に従って同意又は同意拒絶しなければならない。

⁴ 「治療(treatment)」、「世話施設 (care facility)」、「個人的な支援サービス(personal assistance service)」のそれぞれの意義については、1996 年身上監護同意法の第 2 条(1)の該当箇所を参照。

⁵ 1996 年身上監護同意法の第 20 条「同意又は同意拒絶する権利を有する者」を参照。

⁶ 1996 年身上監護同意法の第 9 条「『代行決定者(substitute decision-maker)』の意義」を参照。

1. 無能力者が 16 歳に達した後、能力のある間に表明した当該状況に適用可能な希望について知る者は、当該希望に従って同意又は同意拒絶しなければならない。
2. 無能力者が 16 歳に達した後、能力のある間に表明した当該状況に適用可能な希望について知らず、又は当該希望に従うことが不可能であるときは、その者は当該無能力者の最善の利益に従って行動しなければならない。」

として、代行決定者は、まず第一に当該無能力者の能力のある段階で表明された主観的な希望に従い、第二に当該希望が確認できないとき又は実質的に自殺を希望するような場合のように当該希望に従うことができないときは客観的な最善の利益に従って判断しなければならないことを明文で規定している⁷。その上で第(2)項が最善の利益を判断するときに考慮すべき要素について具体的に詳細な規定を置いて明らかにしている。

以 上

⁷ この「治療」に関する第 21 条の法理は、「世話施設への入所」についても第 42 条で、「個人的な援助サービス」についても第 59 条で、ほとんど第 21 条と同じ文言で明文で規定されており、身上監護同意法全体を貫く基本的法理であるといえる。このことからカナダのオンタリオ州においてもアメリカ合衆国と同様に、原則として代行判断決定法理が最善の利益基準に優先していると評価することができる。この問題についてのアメリカ合衆国の理論状況については、志村武「アメリカ合衆国の成年後見法における成年後見人の意思決定基準としての代行判断決定法理と最善の利益基準の関係—各州制定法の類型化と新学説の登場—」田山輝明先生古稀記念論文集『民事法学の歴史と未来』（成文堂）531 頁・558 頁参照。

第6章 オーストリア

早稲田大学 名誉教授

一般社団法人比較後見法制研究所 理事長

田山輝明

1. 国連の障害者権利条約への対応

オーストリアは、EUに加盟しており、EUは国連の障害者権利条約を批准しているため、その限りで拘束を受けるが、人権に関する領域については原則として拘束を受けない。

また、オーストリアは、同条約を批准したが、同国では、オーストリア法で規制されていない領域について、国内法に導入される。ただし、既存の国内法を同条約の趣旨に沿って解釈すべきであると解されており、対応するために立法が必要であれば、また同様であると解されている。

2017年の一般民法典の改正

今回の一般民法典の改正に際して、その「立法理由」は、以下のように述べている。

(イ) 自己の事務を自ら処理することがもはやできない者のための裁判所の配慮は、新たに整序されるべきである。その際、これらの者の自治は拡充されるべきである。彼らは、それが可能で、合目的的で、支持しうる限りにおいて、その法的関係を自ら決定すべきである。自治的配慮と自己決定のための可能性は、この意味において拡充され、これらの者はしばしば簡単ではない決断過程において従来よりも強力に見守られ、支援されるべきである。裁判所による法的配慮は、その中核、すなわち法的利益における人間の代理に帰結すべきである。代理人と裁判所は、したがって、もはやこれにつき管轄権を有する担当者に代わって社会援助・障害者援助を引き受けるべきではない。

(ロ) このような目標の組み換えは、基本的な思考の変更を要求する。生活扶助は、もはや上から、パターンリスチックに、かつ単に代理人の考えに従ってなされうるものではない。むしろ、それは、本人の需要、希望及び確認しうる意思に向けられなければならない。本人は、代理人と裁判所の活動の中心にあって、懸案の事務に関与すべきであって、その頭越しに決定されてはならない。この変遷においては、従来の代弁人（後見人）法とその基本的評価からの急進的な転換はない。これはむしろ、すでに従来から本人の自治を承認してきた法的蓄積において発展されるべきものである。その際には、彼らの自己決定のすべての評価に際して、彼らを損害と「利益の騙取」から保護することも重要である。最後に、障害者の自治の促進への関心は、法的取引行為の利益との関係においても持たれな

ければならない。

(ハ) 従来之法への単なる対応や変更をもってしては、もはや全てにおいて役に立たない。従来之法の強化を引き受け、その弱点を克服する、この法領域における包括的な新形成を必要としている。これは、とりわけ、障害者の権利に関する国連の条約の基本思想をオーストリア法の中に取り込むべき機会を提供する。

(ニ) 当該改革は、法定代理及び監護 (Pflegschaft) 法においてさらなる改革を定めるといふ動機のためにもなされるべきである。これは、例えば、現代の経済的法的関係に適応されるべき監護法について妥当する。しかし、これは、被代弁人 (被後見人) の金銭や財産の評価をめぐって、実務において提起されている若干の問題にも妥当する。さらに、初めて、行為能力、判断能力 **Entscheidungsfähigkeit** (以前は、**Einsichts- und Urteilsfähigkeit**) 並びに行為能力が法文上詳細に規定されることになる。[最後に、法定代理法の新秩序との関係において「ホーム滞在法」も拡充されるべきである。ここでは、未成年者の自由の制限が強くコントロールされることが重要である。] (カッコ内は政府案では削除)

(ホ) 一般民法典を若干改革する努力において、さらなる礎を構築することが企画されている。法政策的には、代弁人法を基本的に改正するという要請が考慮されている。このような改革は、第 25 立法期のための政府プログラムの構成要素である。これは、すでに何度も包括的に議論されてきた。例えば、2015 年に、オーストリア司法委員会、家族裁判官会議並びに代弁人法のための議会オンブズマンの研究会において、「生命の終焉における尊厳」に関する議会の研究委員会のテーマも、改革に間接的に影響があった。委員会は、この領域において、その単純化と改善を活発に行った。

(ヘ) 司法省は、提案されている草案の基礎を包括的な改革過程において練り上げた。この作業には、全ての利害関係人と関係者が関与した。現行法の問題点とその解決の可能性は、—2013 年 12 月にザルツブルクで連邦司法省によって開かれ専門家会議の推薦に基づいて—多くのワーキンググループと会議において全オーストリア規模で、議論された。成年者代理の現在提案されているコンセプトは、これらの努力の成果である。これには、とりわけ、代弁人協会、法律専門家 (公証人、弁護士及び裁判官) の代表者、法学部の代表者、議会のオンブズマン、労使双方及び州が、実質的な寄与を行った。とりわけ、準備作業においては、代弁人を利用している者の参加を得ることができた。これに該当するのは、その利益代表と精神的疾病もしくは精神障害者の世話と介護のための施設であるが、「自己代理人」として、この作業にその経験を持ち込み、さらに、この法領域の新形成のための提案を構築した個々の本人たちも含まれる。[モデルプロジェクト「自己決定のための支援—クリアリング・プラス」においては、2014/2015 年に、18 の裁判所所在地において、代弁人協会のいわゆるクリアリングの拡充の可能性が

代弁人制度の回避のために試みられ、かつ成果をもたらした。パイロット事業的試みから得た見識は、同様に作業の中に流れ込んだ。] 左の[]部分は政府案で追加（クリアリングについては後述）。

1-1. 同条約の批准の有無、その批准に当たっての「留保条項」はあるか

具体的な留保条項はない。その理由については、「1」の冒頭部分を参照。

1-2. 同条約第12条の legal capacity について、独特の（条約の）条文解釈がなされているか。特に、権利能力・行為能力の平等の保障について

ドイツ法と同じように、権利能力と行為能力を意味していると解されている。

1-3. 同条約における障害者への「支援」はどのように理解されているか。特に、判断能力が極めて不十分な人について。また、同条約を前提とした「支援」に関連する新しい特別法はあるか

従来の代弁人制度を、成年者保護法に改正し、名称も変更して、以下のような類型を認めた。(1) 日本の任意後見法に類似する「配慮代理権」を設定できる。これには判断の能力が必要とされる。(2) 判断能力がやや減退していても、委任の意義と結果をおおむね理解できれば成年者代理人を選任できる。(3) 従来の近親者代理権（制度）に代わって、法定成年者代理制度が導入された。新制度における「近親者」は、両親と祖父母、成年の子供及び孫、兄弟、成年の姪と甥、配偶者又は登録されたパートナーと少なくとも3年間同棲している人生の伴侶、並びに成年者によって成年者代理（人）処分証書において指名された者である。(4) 従来の代弁人に相当する「裁判所による成年者代理人」である。

1-4. 民法上の後見人等の法定代理制度は、同条約における本人意思の尊重との関連で、どのように位置づけられているか

今回の法改正の前にも、2007年に初めてオーストリアにおける最新の大きな改革が発効した。2006年の代弁人法—改革法によって、近親者の自動的な法定代理権が新たに創設され、配慮代理権の法制度が詳細に規範化された。しかし、国連の障害者権利条約の批准は新たな改革の必要性をもたらした。上記[1-3.]参照。

1-5. いわゆる「障害者の欠格条項」に対して再検討がなされているか。なされている場合には、その理念は何か。選挙権、国家公務員・地方公務員になる資格等。弁護士や医師についてはどうか

この点については、ミヒャエル・ガナー「労働法、各種職業法及び企業法における被代弁人（被後見人）に関する諸制限」（季刊・比較後見法制・第5号）14頁以下参照。

その問題の現実的展開は、以下のような内容である。

代弁人法——成年者代理（法）

オーストリアでは、代弁人の任命によって行為能力も自動的に強く制限される規定（一般民法典 280 条）が 2018 年に廃止される。ただ、裁判所が同意権留保を命じる可能性——これは本質的にはドイツ法の同意権留保の相応するものである——が創設される。

職業及び企業法上の制限を規定する法律は、通常は「完全な行為能力」と結合させており、代弁人の任命それ自体への結合ではないから、これらの制限は、代弁人法の改正によっては自動的に減少することはない。むしろ、個々の事例において本人の下で、事実上精神的な障害が行為能力の減退へと導いている限りにおいて、広範に存続している。

公法領域

2016 年の公務員法改正法によって、公務員への障害者の採用は簡易化された。これは、国家公務員のすべての職務関係に妥当する。この改正法によれば、「法定の利用に必要な行為能力が存在する場合には、完全な行為能力の要件は不要である。」

私的な雇用関係とは反対に、——そこでは完全な行為能力を前提とする法律上の規定は存在しない——従来は、完全な行為能力が高級官僚や契約公務員（公務）として就業するための要件とされていた。一種の議会オンブズマンである *Volksanwaltschaft* によって必要性に関する議論が開始された。これは、料理助手（事件）に依拠して、明らかに 2013 年時点における差別を指している。ある兵営において次のような告発がなされた。ある若い婦人が 2013 年 4 月から 8 月までウイーンの兵営で仕事をしており、その上司の完全な満足を得て任務をこなしていた。彼女は当時派遣会社の下で、したがって私的企業の下で仕事に従事していた。管轄の陸軍大佐は、彼女を喜んで連邦の公務に契約従業員として引き継ごうとした。これはしかし不可能であった。彼女は、精神的障害のゆえに、代弁人を有しており、かつ契約公務員法は完全な行為能力を要件としていたからであった。

制限的行為能力を有する者を連邦の公務のすべての利用から排除するためには、今後は、「法定された利用に必要な行為能力」が停止されなければならない。特に、個々の事務のための被代弁人（一般民法典 268 条第 3 項 1 及び 2 文）である求職者の場合には、今後は、個々の事例において、予定される利用にとって必要な程度における行為能力が存するか否かについて吟味されるものとされている。障害者のための差別規定に対する緊張関係が、おそらく回避され、除去されるであろう。

残存する諸制限は、以下の通りである。

健康関連の職業

医師は、代弁人が任命された場合には、診療行為などはできない。代弁人の任命手続きが開始された場合には（医師法 62 条）、州の首相も、彼らに対して診療行為などを拒否することができる。歯科医については、公共の福祉の観点から、かつ危険が迫っている場合

には、同様である（歯科医師法 46 条）。裁判所は、州首相並びにオーストリア医師会に対して、医師が関係する範囲内において、代弁人の任命手続きの導入、継続及び終了を通知しなければならない。これは、**獣医**には適用されない。しかし、裁判所は、獣医師会に対して、同医師会会員に関する代弁人の任命手続きの開始、継続及び終了を知らせ、かつ遅滞なく確定した副本を交付する義務を負う（獣医師会法 5 条）。

医師と同様の規制が**助産婦（師）**にも存在する。：助産婦法 22 条。代弁人が任命された場合には、州首相は職業の停止を命じなければならない。

病人看護職員の場合、**医療従事職員**の場合並びに**救急隊員**の場合にも同様である。これらの者の職務活動は、これらの者が独自の権限を有していることを前提としている；健康・病人看護法 27 条。その場合には、完全な行為能力が（必要と）解されている。管轄の区行政官庁は、完全な行為能力が初めからないか、失われた場合には、その職業行為権限を剥奪しなければならない。

薬局を営む者は、完全な行為能力を有しなければならない（薬局法 3 条）。公的薬局の自営業のための権限は、完全な行為能力を前提としている。薬剤師の一般的な職業権限は、オーストリア薬剤師会によって、重要な要件の存在（例えば、完全な行為能力）が誤って評価されもしくは存在しなくなったことが判明した場合には、決定により資格剥奪がなされる。

心理学者（専門家）としての活動も、独自の資格を、したがって完全な行為能力を前提としている。裁判所は、健康担当大臣に代弁人の任命について遅滞なく通知しなければならない（心理学者（専門家）法 16 条、25 条及び 40 条）。**精神医療法医**についても同様である（精神診療法医法 19 条）。

法的職業

公証人の職は、同様に完全な行為能力をもって行われなければならない。それは、代弁人の確定的な任命によって消滅する（公証人令 19 条）。公証人協会は連邦司法大臣に、その旨を遅滞なく届け出なければならない。代弁人の任命手続きが開始され、かつ第 1 回聴聞の結果に基づいて（手続きが）継続され、しかもこの場合において職務の継続が法的サービスを求める国民の利益にとって重大な損失をもたらす恐れが生じ、もしくはその地位の信頼に疑問が生じた場合には、公証人懲戒裁判所は、公証人としての職務停止処分を命じなければならない（公証人令 180 条）。

弁護士と弁理士についても同様である。代弁人の確定的任命がなされると、職務遂行の権限は消滅する。弁理士職は、代弁人の任命手続きが開始され、第 1 回の聴聞の結果に基づいて継続され、かつ弁護士会の委員会もしくは懲戒評議会（弁理士）がその当事者の利益にとって重大な損失をもたらす恐れが生じ、もしくはその地位の信頼に疑問が生じることを理由として、代弁人の任命手続きの確定的終結まで、その職務の遂行を拒絶する場合には、休止する（弁護士令 34 条；弁理士法 7 条、7 条 a）。

裁判官と検察官については、完全な行為能力が前提とされている。裁判官の採用は、準備業務においてこれを要求している。完全な行為能力の喪失は、高等裁判所の長官によって職務関係を解消される（裁判官・検察官職務法 2 条及び 7 条）。

その他の職業

税理士と公認会計士である**経済的受託者**は、同様に、完全な行為能力者でなければならない。完全な行為能力を喪失すると、経済的受託者の協会は、経済的受託者の職務行為を拒否しなければならない（経済的受託者業法 8 条、97 条及び 99 条）。

会計帳簿処理者 Bilanzbuchhalter の活動も同様である。法律はこれについても完全な行為能力を前提としている。2014 年会計帳簿処理法 7 条。会計帳簿処理車としての、活動を認めるためには、官庁による公的な任命を必要とする（オーストリア経済会議所）。完全な行為能力を欠いている場合には、任命は拒否される。

建築技術者 Ziviltechniker も、職務を遂行するためには完全な行為能力を必要とする。建築技術者とは、オーストリアでは、自由に活動でき、国家によって権限を付与されかつ宣誓を行った自然人又は法人であり、建築または技術の領域で活動するものである。「固有の権限」の喪失によって、その活動を行う権限を喪失する（建築技術者法 17 条）。

森林保護機関としては、——ここでは森林の保護を託された者が重要である——森林保護の執行のために、必要な精神的、人格的及び身体的適性を有する者のみが任命される（1975 年、森林法 110 条）。ここでは、代弁人の任命とそれと結合された行為能力の制限がターゲットにされているのではなく、活動にとって実際に必要な要件が問題なのである。この規定は、したがって、模範的であり、差別的なものではない。

企業法的制限

営業を営む権限は、原則的に、そのものが「固有の能力を有していること」したがって完全な行為能力を有していることを前提としている（営業令 8 条）。たいていの企業的活動は、営業令 **Gewerbeordnung** に服している。したがって、誰でも企業的活動をしようと思えば、通常はその営業を届け出なければならない。しかし、固有の能力を有しない者は、死因による権利承継に基づいて、営業経営の過半数がその者に移転する場合には、営業の権限を取得することができる。この場合には、しかしながら、職務執行者が任命されなければならない。固有の能力を有しない者の場合には、法定代理人が必要な営業届け出を行い、かつ職務執行者を任命しなければならない。正常な営業権限を有する間に行為能力を喪失した場合には、営業は、法定代理人によって任命された職務執行者によって引き続き実施されうる。

株式（会社）法によれば、**取締役**は、行為能力を喪失すると解任される。しかし、この者が通常職務執行ができないことが前提である（株式法 75 条）。代弁人の選任とは直結されていない。財団の機関についても同様である（私的財団法 27 条）。

有限責任会社の執行役員のために代弁人が任命された場合には、本人の機関の地位、有限会社の職務執行者としての地位は、法律上当然に終了する。代弁人には、機関の地位に関する権限は帰属しない（有限会社法 15 条）。

その他

自動車の保有者が行為無能力者もしくは制限行為能力者である場合には、自動車関連法上の義務は、彼がそのような物を有しているときは、その法定代理人、したがって代弁人に適用される（1967 年、自動車法 103 条）。判例によれば、（OGH 10 Ob 12/13g 参照）、代弁人には、その権限の範囲内においてのみ、自動車関連法上の義務が適用される。

2. 最近、成年後見に関連する法律の改正はあったか

2-1. 特に、民法についてはどうか

2017 年に民法が改正され、2018 年 1 月から施行された。内容については、各項目参照。

2-2. 社会保障法の隣接領域での法改正はあったか

現在のところないが、ドイツにおける連邦参加法のような改正を検討中であるという情報がある。

2-3. 同条約批准後において、上記以外で、成年後見関連法律の制定又は改正はあったか。例えば、選挙法の改正など。（1-3. 以外で）

今のところない。選挙権については、既に国連の条約とは関係なく改正されている。すなわち、代弁人が付されても選挙権を失うことはない。

2-4. 高齢者の取引参加について成年後見制度以外でも配慮がなされているか。特に、消費者保護法との関連ではどうか

調査できていない。

3. 法定成年後見（人）制度の機能について

3-1. 法人後見、複数後見は認められているか。それらは、よく機能しているか。認められていない場合は、その理由

認められている。よく機能している。

3-2. 資産の少ない人の成年後見制度の利用について配慮されているか。利用料の補助がある場合（例えば、生活補助費として）には、その基準はどのようなものか

十分に調査できていない。一般民法典 283 条参照。

3-3. 裁判所が関与する正式な成年後見ではなく、親族などによる事実上の成年後見は行われているか。その場合に、「介護」の領域を超えて財産の処分等を行う場合に、関係者は、「違法」であると意識しているか

親族の法定代理権制度があるので、実際には問題になっていない。

3-4. 成年後見人の報酬について、特別な公的配慮がなされているか。そのための特別法はあるか。ある場合には、報酬の基準についても

283条参照。原則として、無償である。専門職代理人（代弁人）については、別である。

4. 成年後見人の権限について

4-1. 身上監護の範囲はどのように定められているか。具体的に

4-1-1. 一般民法典での規定

IV. 身上監護

第250条 人法的（身上）事務における代理

（1）配慮代理人又は成年者代理人は、被代理人の個性（人柄）もしくはその家族関係に由来する事務〔身上監護〕（カッコ内は削除）においては、次の場合にのみ、活動することができる。

1. それが権限に含まれているとき
2. 被代理人が判断能力を有しないとき
3. 法律上、職務代理が常に排除されてはいないとき 及び
4. 被代理人の福祉を擁護するために代理行為が必要であるとき。

（2）被代理人が、〔配慮代理人又は成年者代理人によって〕（カッコ内は削除）計画されている代理行為を拒絶する旨の意思を表明している場合には、この者は他の法的無効の場合と同様に行為を断念しなければならない。ただし、さもなければ、被代理人の福祉が著しく危殆に瀕する場合はこの限りではない。

（3）身上監護の重要な事務は、それが有効になるためには成年者代理人は裁判所の許可が必要である。ただし、遅延が危険を伴わない場合に限る。

（4）被代理人の他の者に対する個人的なコンタクト並びにその文通に対する権利は、配慮代理人又は成年者代理人によって、さもなければその福祉が著しく危険に陥る場合限り、制限することが許される。

〔（5）第1項から第3項は、特段の規定が存在しない場合にのみ、適用される。〕

（本項は削除）

第251条 世話 *Betreeung* のための努力

成年者代理人は、自ら被代理人の世話を引き受けるべき義務を負わない。しかし、被代理人が包括的にではなく世話されている場合には、成年者代理人は、その権限から独立して、被代理人に必要な医療上の及び社会的世話が与えられるよ

うに努力しなければならない。(若干の修正)

第 252 条 医療行為

a) 判断能力を有する者の [治療]

(1) 医療行為においては、成年者は、判断能力を有する限り、自らのみ同意することができる。(以下、追加) 医療行為とは、医師によりもしくはその命令によりなされる、診断上の、治療上の、リハビリ的な、疾病予防的なもしくは、出産援助的な成年者向けの施策である。法律の規制を受ける健康関連的な職業に属する者による、診断上の、治療上の、リハビリ的な、疾病予防的な、介護的なもしくは、出産援助的な施策については、第 252 条から第 254 条が準用される。

(2) 成年者が、ある成人につき判断能力を有しないと考える場合には、医療担当医は、親族、信頼されている者又はこの成年者を支援し判断能力を取得することができるような、患者の世話を精通している者との関係を、確立するように努力しなければならない。本人が、他の者との意図している関係及び医療情報の伝達を了解していないという気持ちを表明している限り、医師はこれ [努力] をやめてはならない。

(3) 第 2 項による支援により成年者の成年者の判断能力が回復しうる場合には、医療行為におけるその同意は、十分であり、その他の場合には、第 253 条に従う。

(4) 第 2 項の医療行為に該当している者への説明もしくはその支援は、それによる緩慢な遅延が生命の危険、健康の重大な侵害の危険又は強い苦痛と結合されかねない場合には、無視されるものとする。

第 253 条 決断能力を有しない者の [治療]

(1) 判断能力を有しない成年者に対する医療行為は、この事務を権限範囲に含む配慮代理人もしくは成年者代理人の同意を要する。この場合には、被代理人の意見を引き出さなければならない。疑問がある場合には、この者が必要とされている医療行為を希望しているということが前提とされる。

(2) 医療行為の理由と意義については、医療行為の時点において判断能力を有しない者に対しても、これが可能であり、かつその福祉に反しない限り、説明されるものとする。

(3) 配慮代理人もしくは成年者代理人の同意は、緩慢な遅延が生命の危険、健康の重大な侵害の危険又は強い苦痛と結合されかねない場合には、必要としない。医療行為が当該危険要因の回避の後にもさらに継続することが予想される場合には、その行為は開始され、遅滞なく治療の継続についての代理人の同意をとり、もしくは裁判所に代理人の任命もしくはその権限範囲の拡張を申請しなければならない。

(4) 治療行為の時点で判断能力を有しない者が、なされるべき具体的医療行為を拘束力ある患者処分証書 (患者処分証書法 4 条) において拒否しており、かつ

患者処分証書につき無効の指示がなされていない場合には、治療行為は代理人の関与なしに実施されてはならない。

第 254 条 意見が相違する場合〔政府案では、この標題は削除〕

(1) 判断能力を有しない者がその配慮代理人又は成年者代理人もしくは医師に対して、治療もしくはその継続を拒絶する意向を表明する場合には、配慮代理人又は成年者代理人の医療の同意には、裁判所の許可を必要とする。

(2) 配慮代理人又は成年者代理人が、判断能力有しない者の治療行為又はその継続に同意せず、それによって被代理人の意思に応じない場合には、裁判所は代理人の同意に代替し、または他の代理人を任命することができる。疑いがある場合には、被代理人は必要な医療行為を希望していることを前提とする。

(3) 裁判所の許可もしくは同意の代替又は他の代理人の任命は、このような緩慢な遅延により生命の危険、健康の重大な危険もしくは著しい苦痛が生じうる場合には、必要ではない。医療行為が当該危険要因の回避の後にもさらに継続することが予想される場合には、その行為は開始され、遅滞なく裁判所に連絡されなければならない。

第 255 条 避妊手術

(1) 配慮代理人又は成年者代理人は、判断能力を有しない被代理人の生殖能力を継続的に不能にすることを目的とする医療行為に同意することはできない。ただし、さもなければ継続的な身体的疾患により生命の危険、または健康の重大な損傷の危険もしくは激痛が存する場合は、この限りではない。

(2) 配慮代理人又は成年者代理人の同意は、裁判所の許可を必要とする。

第 256 条 〔関連〕 研究

(1) 同様に、配慮代理人又は成年者代理人は、判断能力を有しない被代理人の身体的完全性もしくは人格の侵害と結びついたような研究に同意することはできない。ただし、これが健康もしくは健在さに直接的に有益であり、かつそれを指示する病院内の倫理委員会のその都度の見解、又は配慮代理人もしくは成年者代理人の同意につき裁判所の許可が存する場合はこの限りではない。

(2) 判断能力を有しない者がその配慮代理人もしくは成年者代理人に又は医師に、その者が研究もしくはその継続を拒否する気持ちを表明しているときは、これは行ってはならない。ただし、さもなければ被代理人の福祉が著しく損なわれる場合はこの限りではない。法定代理人の同意は、この場合には、倫理委員会の賛成意見が存在する場合においても、裁判所の許可を必要とする。

第 257 条 居所の変更

(1) 居所の変更については、成年者は、判断能力を有する限り、自らのみ決定することができる。

(2) 成年者が判断能力を有しない場合には、配慮代理人又は成年者代理人は、

当該事務をその権限が包括している限り、これが被代理人の福祉を守るために必要である限り、その決定を行うことができる。

(3) 被代理人の居所が継続的に変更される場合には、それにつき、あらかじめ裁判所の許可が必要である。裁判所の裁判前にも、被代理人の住所は、帰還が可能である限り、変更されうる。

(4) 配慮代理人については、被代理人の居所が継続的に外国に移される場合に限り、第3項が準用される。

4-1-2. 社団内部での作成指針

この指針では、以下の3つの基本規制が定められている。

(イ) 本人は原則として初めて接触する者でなければならない。コンタクトはあらかじめ適切な方法で知らされなければならない(期日の設定のための努力)。大きな錯綜が予想され、またはコンタクトの準備が欠けている場合には、社会的環境においてコンタクトの斡旋又は創設を獲得するための試みを行うことができ又はしなければならない。

(ロ) 本人はその居住環境及び生活環境において接触を持たなければならない。特別な事情の下では一例えば、安全上の理由一例外的にこれと異なることができる。

(ハ) 少なくともコンタクトの一部は、本人のみとなされなければならない。コンタクトは、本人がそれにつき理解できていない場合には、なされてはならない。

4-2. 成年後見人に医療代諾権は認められているか。親族についてはどうか

医療行為の要件は、今回の改正で、新たに規制された。判断能力を有する者は、たとえ成年者代理人を有していても、常に自ら医療行為における同意を与えなければならない。もし、判断能力に疑問がある場合には、担当医は、これらの者の決断に際して援助をした親族、キーパーソン又はかかる患者の扱いに慣れている専門職を、証明できるような方法で示さなければならない(援助された決断への義務)。決断能力を有しない患者は、一遅滞の危険がある場合を除いて一その代理人の同意によってのみ治療が許される。決断能力を有しない患者も、医師によって治療につき説明を受け、(医師は)患者の意見を聴取しなければならない。決断能力を有しない者及びその成年者代理人もしくは配慮代理権者がその治療を了解した場合には、それは実施されることが許される。決断能力を有しない者が、その治療を拒絶することをほのめかす場合には、配慮代理権者又は成年者代理人の同意には裁判所の許可が必要である。患者とその代理人との間に「見解の相違」がある場合には、裁判所の判断が求められなければならない。

4-3. 医療代諾に関するリビングウイル制度はあるか。それは、うまく機能しているか
リビングウイルを活用する場合に、ドイツのように裁判所や医師は関与することにな
っているか。

本人の意見と成年者代理人又は医師の意見が相違する場合には裁判所が関与する。上記
254条、252条、253条も参照。

4-4. 成年後見人の医療代諾権の行使にあつて裁判所の関与（許可等）は必要か。その
際、どのような基準が設けられているか。（4-3.）以外の場合

避妊手術の場合に裁判所の関与がある。上記255条参照。

4-5. 成年被後見人のプライバシーは、どのように保護されているか。郵便物の管理・
開封（信書の秘密）など

282条参照。具体的な調査はできていない。

4-6. 成年被後見人の死亡直後の成年後見人の事務処理権限。成年後見人は葬式に関す
る費用を出す権限を有するか

調査できていない。

5. 成年後見に関する制度の在り方

5-1. 成年後見における親族の位置づけ。一定の範囲の親族には後見人を引き受け義務
等があるか

法定代理人になる。268条～270条参照。

5-2. 弁護士、公証人等には、後見人の引き受け義務はあるか。例えば、オーストリア
法のような基準はあるか

規定がある。一般民法典279条参照。

5-3. 公的成年後見の位置づけはどうなっているか。福祉関連行政の一般的位置づけ、
行政による後見はあるか。例えば、ドイツの官庁後見のような制度はあるか

成年者保護協会は、純粋な官庁ではないので、機能的には近いが該当しない。

5-4. （公的ないし公益的な）成年後見センターが、県もしくは市町村等の地域に設置
されているか

成年者保護協会（従来の代弁人協会）が設置されていて、クリアリング等、重要な役割
を果たしている。

5-5. 他害の危険性を含む精神障害者の後見について、特別な配慮がなされているか。措置入院や医療保護入院の場合における成年後見人の役割（同意、任務等）はどうなっているか

自由制限の際の代理（この機能は、成年者保護協会のうち2社団のみが行使する）

○介護一障害者施設並びに病院施設においては住民代理（ホーム滞在法による）によって、及び

○精神病施設においては、患者代弁人（措置入院法による）によって；

一上記の事務におけるすべての者のための無償の相談；

6. 後見制度の利用に際しての裁判所の関与の仕方について

6-1. 広義の成年後見（法定後見、任意後見）に関する福祉行政との任務分担はどうなっているか

成年者保護協会は十分な機能を果たしている。特にクリアリングにおいて。

6-2. どのような裁判所が手続きを担当しているか。家族裁判所、簡易裁判所等。1裁判所が管轄する地域の人口はどの程度か

保護裁判所と呼ばれるが、地区（Bezirk）裁判所であり、通常裁判所の中で、最も下に（地域に）位置付けられている。日本の簡易裁判所に近いが、家庭裁判所の機能も有している。例えば、ウィーンの人口は186万7,000人であるが、そこに12の地区裁判所が配置されている。

6-3. 裁判所の手続利用の前に何らかの前置手続きがあるか

オーストリアでは、クリアリング（行政による必要性のチェック）のような制度がある。

クリアリング

改革のコンセプトは、公共の手によって助成された代弁人もしくは成年者保護協会のさらなる拡充である。その相談機能は拡充される。将来的には、そこで、手軽な費用（約50ユーロ）で患者処分証書又は配慮代理権証書を作成することができ、成年者代理人を選ぶこともできる。さらに、地域を管轄する協会によるいわゆる「クリアリング」（法律用語では *Abklärung*）裁判手続きにおいて成年者代理人の選任を義務付けられている。個々の事例においては、このクリアリングは、援助された決断の意味において導入される。しかし、ここにおいても、さらなる拡充のニーズがある。これとさらなる施策によって、成年者保護協会は、権利擁護の轆轤（ろくろ）に向けて拡充される。

すでに2006年以来、代弁人協会によって、クリアリング概念の下で、裁判所への相談提議がなされ、試されてきた。「自己決定支援のための援助」というモデルプロジェクトの枠内で、2013年以来、広範な「クリアリング・プラス」が展開

されてきた。それは、特に当事者の社会的環境とのネットワーク作業を目標としていた。「クリアリング・プラス」―「自己決定のための支援」は一つの態度変更であった。すなわち、本人のための職務代行的行為をやめ、本人と共にする解決への模索である。この場合には、個人的環境並びに専門職によるサービスが活用される。支援は、たいていは財務的事務や官庁との手続きにおいて尋ねられるが、個人的な世話や介護に際しても、求められ、それによって、本人は、例えば、可能な限り自己の住居にとどまることが可能となる。研究者によるプロジェクトにおいては、本人の約3分の2が代弁人制度を回避することができた。

「クリアリング」においては、裁判所による成年者代理（人）の任命が絶対に必要であるか否かについての裁判所外における解明が重要である（補充性の原則）。裁判所による成年者代理（人）の件数を減少させ、もしくはその持続的上昇にブレーキをかけることがその目標である。

「クリアリング」は、すでに 2006 年以来様々な裁判所において試みられており、成功モデルとして証明されている。それによって、成年者代理（人）を発起した者の相談の枠内において、10 事例中の 4 事例において成年者代理（人）の選択肢が選ばれ、新規の任命数は全体として著しく減少した。

将来的には、裁判所は、成年者保護協会に、任命手続きの初めにおいて、解明（クリアリング）を強行的に依頼しなければならない。

クリアリング手続きにおいては、成年者保護協会の職員は、当事者、その家族並びに他の近親者とコンタクトを取り、いかなる生活領域が（精神的）侵害を受けているか、本人がなお自ら処理できるものは何か、援助はどこでいかなるものが必要か、誰が本人の事務処理に際して援助できるのか、そしていずれにせよ成年者代理（人）を引き受ける能力があり準備がある者は誰か、を解明する。成年者保護協会は、本人の社会的環境につき、例えば、社会法上の事務（例えば、所得の確保及び請求権の行使）に関して相談に乗り、他の支援施設とのコンタクトとを確保する。本人のニーズと希望が探知され、その施策がいかにして誰によって実施されるべきかという個人計画に盛り込まれる。その際に、本来適切な施策が実際に構造上も実施可能か、そして本人とその環境がこの支援を受け入れるか否か、【という観点で】尊重されるものとする。

具体的な行動方法については、監督庁である司法省の許可を必要とする社内内部の指針が作成された。この指針では、以下の 3 つの基本規制が定められている。

（イ）本人は原則として初めて接触する者でなければならない。コンタクトはあらかじめ適切な方法で知らされなければならない（期日の設定のための努力）。大きな錯綜が予想され、またはコンタクトの準備が欠けている場合には、社会的環境においてコンタクトの斡旋又は創設を獲得するための試みを行うことができ又はしなければならない。

(ロ)本人はその居住環境及び生活環境において接触を持たなければならない。特別な事情の下では一例えば、安全上の理由一例外的にこれと異なることができる。

(ハ)少なくともコンタクトの一部は、本人のみとなされなければならない。コンタクトは、本人がそれにつき理解で来ていない場合には、なされてはならない。

クリアリング手続きの実施に関する本人の明示の同意は規定されていない（注15）。クリアリングと結びついたデータの徴収と伝達は、法律の授権と裁判所の委託に基づいてなされ、その限りにおいて個人情報保護法を守っている。

社団の二重機能（クリアリング受託者と代弁人/成年者代理人）を理由とする予断を回避するために、一人の職員は、二つの機能のうちのひとつのみを引き受けることが許される。成年者保護協会がクリアリングを受託する時点において既に代弁人に任命されている場合には、クリアリングの委託は拒絶される。

成年者保護協会の職員は、その場合に裁判所に対して4週間以内にそれについて報告をし、成年者代理人が任命されるべきか又はその手続きは中止されるべきかにつき、助言を表明しなければならない。

クリアリングを実施した社団が、具体的事案において成年者代理（人）の選択肢が存在しかつ十分であるという結果に至った場合には、社団は、これを一裁判所の了解のもとで—3か月以内に、より長い観察期間が必要な場合には6か月の期間中に、詳細に解明しなければならない。

6-4. 上記の成年後見センターが設置されている場合（上記5-4.）において、裁判所との連携はどうなっているか

クリアリングの依頼は、裁判所からの依頼による。

7. 任意後見制度の採用の有無

7-1. 民法上の「後見のための委任契約」も可能か。可能である場合には、法定後見との関連はどうなっているか

オーストリアの新法における「配慮代理権制度」と「選任された成年者代理権制度」とが合わさって、日本の任意代理権制度の機能を果たすものと思われる。

7-2. 任意後見に関する特別法（規定）が定められているか。民法典中に定められている場合も含む

民法典の中で認められている。

7-3. 同契約において、葬式などについての取り決め（死後の事務について）がなされているか

不明である。

7-4. 日本の福祉サービス利用援助事業（社会福祉法に基づく事業、所管は厚生労働省）のような法定代理権を伴わないサービス（契約に基づくサービス）があるか

存在しない。

8. その他、成年後見に関して、当該国に独特な制度はあるか

上記のクリアリング制度が特に注目される。

[文献] 一般民法典の改正前の代弁人制度については、青木仁美『オーストリアの成年後見制度』（成文堂、2015年）が、総合的な研究書である。今回の一般民法典の改正については、ミヒャエル・ガナー「代弁人法から成年者保護法へ」（季刊・比較後見法制第5号）（3-13頁）を参照。改正条文の翻訳については、田山輝明訳「オーストリア一般民法典等の改正法（試訳）」（季刊・比較後見法制第5号）参照。

以 上

第7章 オーストラリア連邦

ーヴィクトリア州ー¹

立教大学社会デザイン研究所 研究員

櫻井幸男²

1. 国連の障害者権利条約への対応

1-1. 同条約の批准の有無、批准に当たっての「留保条項」はあるか。その内容は

オーストラリア連邦政府（以下、「連邦政府」）は、2008年7月17日に国連障害者権利条約を批准した。その際、留保条項として、①最後の手段として代行決定を認める（条約12条）、②最後の手段として強制収容を認める（条約14条）、③条約によりオーストラリアへの入国、滞在の権利を創出せず（条約18条）の3点を宣言している。宣言文（英文）は以下参照。

（参考）Declaration:

Australia recognizes that persons with disability enjoy legal capacity on an equal basis with others in all aspects of life. Australia declares its understanding that the Convention allows for fully supported or substituted decision-making arrangements, which provide for decisions to be made on behalf of a person, only where such arrangements are necessary, as a last resort and subject to safeguards;

Australia recognizes that every person with disability has a right to respect for his or her physical and mental integrity on an equal basis with others. Australia further declares its understanding that the Convention allows for compulsory assistance or treatment of persons, including measures taken for the treatment of mental disability, where such treatment is necessary, as a last resort and subject to safeguards;

Australia recognizes the rights of persons with disability to liberty of movement, to freedom to choose their residence and to a nationality, on an equal basis with others. Australia further declares its understanding that the Convention does not create a right for a person to enter or remain in a country of which he or she is not a national, nor impact on Australia's health requirements for non-nationals seeking to enter or remain in Australia, where these requirements are based on legitimate, objective and reasonable criteria.

1 本稿では、オーストラリア連邦ヴィクトリア州（州都メルボルン）の成年後見制度について回答した。

2 立教大学社会デザイン研究所研究員。2017年8月31日作成、2018年1月2日修正。

出所：国連条約データベース；

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&lang=en#EndDec

出所：国連障害者権利条約国別報告書－オーストラリア；

[http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=C
RPD/C/AUS/1&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/AUS/1&Lang=en)

1－2. 同条約第12条の **legal capacity** について、独特の（条約の）条文解釈がなされているか。特に、権利能力・行為能力の平等の保障について

連邦政府の法改正委員会（Law Reform Commission）によれば、Legal Capacityは、権利能力（legal standing）と行為能力（legal agency）の2つの意味を持ち、コモンローにより、すべての人に **legal capacity** があると推定されるものと理解されている。また、法の前での平等を保障するため、本人の代行決定を行う成年後見制度よりも、人権に軸足を置いた支援モデルである意思決定支援により本人の自律を尊重することが重要である、と述べられている。

（参考）Legal capacity

56. The concept of legal capacity in the CRPD³ contains two aspects: ‘legal standing’ and ‘legal agency’. Legal standing is the ability to hold rights and duties; legal agency is the ability to exercise these rights and duties to perform acts with legal effects. The UNCRPD explains that ‘legal capacity to be a holder of rights entitles the individual to the full protection of her rights by the legal system’.

59. The starting point at common law is a presumption of legal capacity. This common law approach is now reflected in some guardianship legislation. The NDIS Act also includes an assumption of capacity in s 17A(1) People with disability are assumed, so far as is reasonable in the circumstances, to have capacity to determine their own best interests and make decisions that affect their own lives.

60. Article 12 of the CRPD reinforces the assumption of legal capacity. While legal capacity is a distinct concept from mental capacity, the UNCRPD commented that the CRPD ‘does not permit perceived or actual deficits in mental capacity to be used as justification for denying legal capacity’. Rather, its focus is on the support that may be needed for the exercise of legal capacity. Defining capacity for decision-making purposes in this Inquiry arises principally in the context of making formal arrangements for decision-making

³ 国連障害者権利条約（Convention on the Rights of Persons with Disabilities）の略称。

under state and territory guardianship laws and the question of what kind of models are appropriate in light of the CRPD.

出所：連邦政府法改正委員会；

<https://www.alrc.gov.au/publications/equality-capacity-and-disability-commonwealth-laws/key-concepts>

1－3．同条約における障害者への「支援」はどのように理解されているか。同条約を前提とした特別法はあるか。特に、判断能力が極めて不十分な人について

連邦法改正委員会は、the National Decision-Making Principles（下記1－5．参照）をまとめるにあたり、コモンローと条約のパラダイムシフトの両方を考慮し、両者の融合を図っている。本人の自律や自己決定権への尊重を基本として意思決定支援に高い評価を与えつつ、本人保護が必要と判断された場合、最後の手段として法定後見制度による代行決定を認めている。

条約批准に伴い、連邦政府は以下の制度/政策/法改正を実施した。

- ① National Disability Insurance Scheme (NDIS)を新設し2013年3月に施行。
- ② National Disability Strategy 2010-2020を策定。
- ③ National Disability Agreementを各州と特別地域間で締結。
- ④ Disability Discrimination Act 1992を2012年に改正。

出所：連邦政府法改正委員会；

<https://www.alrc.gov.au/publications/3-national-decision-making-principles/summary>

<https://www.alrc.gov.au/publications/equality-capacity-and-disability-commonwealth-laws/legislative-and-regulatory-framework>

1－4．法定代理制度は、同条約における本人意思の尊重との関連で、どのように位置づけられているか

法定後見制度が、時として本人の自律を妨げ、パターンリスティックな側面があることを認めながら、本人保護のために法定後見制度が必要となる場合もあると認識している。法制度として実施されている法定後見のうち、どの割合を意思決定支援に移行すべきか現在測りかねていると述べている。

出所：連邦政府法改正委員会；

<https://www.alrc.gov.au/publications/equality-capacity-and-disability-commonwealth-laws/key-concepts>

1-5. いわゆる「障害者の欠格条項」に対して再検討がなされているか。なされている場合には、その理念は何か

「障害者の欠格条項」を含む法律は、連邦政府ではなく、各州・特別地域にて法制化され運用されている。連邦政府は、各州・特別地域政府に対して、「障害者の欠格条項」は the National Decision-Making Principles の下で許容されるものに限定すべきであると指示している。the National Decision-Making Principles は、下記 4 点を示唆している。

1) Every adult has the right to make decisions that affect their life and to have those decisions respected. (各人は自己決定権を有する。)

2) Persons who may require support in decision-making must be provided with the support necessary for them to make, communicate and participate in decisions that affect their lives. (決定に必要とされる支援を行う。)

3) The will, preferences and rights of persons who may require decision-making support must direct decisions that affect their lives. (本人の生活に資する決定支援を行う。)

4) Decisions, arrangements and interventions for persons who may require decision-making support must respect their human rights. (人権の尊重)

出所：連邦政府法改正委員会；

<https://www.alrc.gov.au/publications/8-restrictive-practices/summary>

2. 最近、成年後見に関連する法律の改正はあったか

2-1. 特に、民法についてはどうか

オーストラリアは、民法を定める欧州大陸法系と異なり、英法系のコモンローを継受している。各州・特別地域は、それぞれ独立して成年後見制度に関する特別法（たとえば、Guardianship and Administration Act 1986-ヴィクトリア州）を定めている。ヴィクトリア州司法長官は、2009 年 5 月に同法の見直しの検討を州法改正委員会に指示し、同委員会は、2012 年 8 月に成年後見法の改正案（440 提案）を州司法長官に提出した。この州法改正は、議会審議が継続している模様で、まだ法改正に至っていない。

出所：ヴィクトリア州法改正委員会；

<http://www.lawreform.vic.gov.au/all-projects/guardianship>

2-2. 社会保障法の隣接領域での法改正はあったか

1-3. で述べた「National Disability Insurance Scheme (NDIS)を 2013 年 3 月に施行」が、社会保障法の隣接領域の法改正（制度の新設）にあたる。

2-3. 同条約批准後において、上記以外で、成年後見関連法律の制定又は改正はあったか

連邦法改正委員会が、2017年6月に高齢者虐待（Elder Abuse）に関する最終報告書を発表し、今後連邦議会にて審議が予定されている。この最終報告書の中では、成年後見制度は、高齢者虐待に対する防止措置(safeguard)の1つと位置付けられている。

(参考) 10. Guardianship and Financial Administration

Summary

10.1 In this chapter, the ALRC recommends a practical program of reform for guardianship and financial administration schemes to enhance safeguards against elder abuse, including a requirement for private guardians and private financial administrators to sign an undertaking with respect to their obligations and responsibilities. The ALRC also recommends the development of a best practice model on how state and territory tribunals may facilitate the participation, to the greatest extent possible, of a person who is the subject of a guardianship or financial administration order, in the application and determination process.

10.2 The ALRC envisages that the recommended National Plan to combat elder abuse will provide a platform for the Commonwealth to work with states and territories to develop and implement best practice models, including for guardianship and financial administration.

出所：連邦法改正委員会；

<https://www.alrc.gov.au/inquiries/elder-abuse>

2-4. 高齢者の取引参加について成年後見制度以外でも配慮がなされているか。特に、消費者保護法との関連ではどうか

上記2-3. 最終報告書の中に、銀行での高齢者顧客への消費者保護（おもに金融搾取対策）に関する記述が含まれている。連邦政府は、高齢者虐待の撲滅に取り組む姿勢を明確にしており、金融機関の規制、学校教育、成年後見制度による本人保護、高齢者問題に関する調査研究など多様な手段を講じると述べられている。

出所：連邦法改正委員会；

<https://www.alrc.gov.au/publications/summary-68>

3. 法定成年後見（人）制度の機能について

3-1. 法人後見、複数後見は認められているか。それらは、よく機能しているか。認められていない場合は、その理由

法定後見は身上保護（Guardianship）と財産管理（Administration）とが制度上分離し、

別々の身上保護人、財産管理人が Tribunal より選任される。法人後見は、身上保護ではほとんど見られず、成年後見制度の研修を受講した Community Guardian（通常は福祉 NPO）が、まれに選任される。財産管理では、本人の親族に候補者が居ない場合、財産管理会社や信託管理会社のような法人が財産管理人として選任される。上記制度により、オーストラリアは原則複数後見であるが、さらに後見人に 2 名以上が選任されることもある。その場合は、後見人全員が決定に同意する必要がある。

3-2. 資産の少ない人の成年後見制度の利用について配慮されているか。利用料の補助がある場合には、その基準はどのようなものか

身上保護、財産管理は、個人受任の場合、報酬は無く、財産管理の法人受任の場合にのみ報酬（fee）の収受が認められている。財産管理会社の手数料は、通常の信託管理会社の手数料よりも低く設定されている（2017 年 3 月、メルボルン州立財産管理会社（State Trustees）より聴取）。

3-3. 正式な成年後見ではなく、親族などによる事実上の成年後見は行われているか。その場合に、関係者の意識として、「違法」と感じているか

事実上の成年後見は、広範に行われている。事実上の成年後見に対して違法の意識はあまり無いようである。成年後見制度は、本人保護のために本人の決定権を奪う制度として決して好ましいものではなく、他に方法がない場合の最後の手段（last resort）と位置づけられている⁴。

3-4. 成年後見人の報酬について、特別な公的配慮がなされているか。そのための特別法はあるか。ある場合には、報酬の基準についても

原則、報酬はない。唯一認められている財産管理会社の手数料は、民間信託会社の手数料よりも低く設定されている。身上保護人に例外的に専門職が起用された場合、後見報酬は無いが、専門職として法律行為を行った場合には報酬請求はありうる。一般的には専門職の後見人起用は、法律行為が求められる場合に限られ、非常に稀である。

4. 成年後見人の権限について

4-1. 身上監護の範囲、具体的に

身上保護人の責任範囲は、Tribunal により個別に決められる。その内容は、限定身上保

⁴ 2016 年 2 月に意思決定支援ワークショップ 8 日間コースを受講した際、主催者である南オーストラリア州アデレードの支援グループは、事実上の成年後見（大半は親族が支援）において、本人が親族より自律したいと強く希望し、かつ親族もこれを受け入れる場合に、半年間の期限付きで意思決定支援している。親族による事実上の成年後見では、母親が本人に対してパターナリスティックな態度を取ってしまいがちである。このため、母親から独立したいと希望する障害者は相当数居る。この支援グループの長であるシャー・ニコルソン（Cher Nicholson）女史は、障害者の親からの独立をできるだけ支援したいと語っていた。

護 (limited order) と全面身上保護 (plenary order) に分かれる。身上保護の内容は、下記の住居、医療介護、本人へのアクセス、サービスへのアクセス、雇用などであり、法律行為に限らず広く事実行為を含む。身上保護人は、本人の財産管理に関する決定を行うことはできない。

(参考) 小冊子 "Good Guardianship" 記載の Court Orders 例:

- accommodation – deciding where the represented person will live, either on a temporary or permanent basis, and whom they will live with
- health care and medical treatment – making decisions regarding medical treatment, dental treatment or other health care issues
- access to the represented person – restricting or prohibiting access to the person as necessary
- access to services – ensuring that the represented person has access to necessary services
- employment – consenting to employment arrangements.

下記 website の“Good Guardianship”に、限定身上保護 (Limited Orders) と全面身上保護 (Plenary and Joint Orders) のひな型が掲載されている。

出所:

<http://www.publicadvocate.vic.gov.au/our-services/publications-forms/guardianship-a-administration/guardianship-1/23-good-guardianship>

4 – 2. 成年後見人に医療代諾権は認められているか。親族についてはどうか

Tribunal より医療代諾権を認められた Guardian は、医療代諾ができる。親族による代諾も可能である。下記“Can your adult patient consent?”に条件が詳しく書かれている。

出所: Can your adult patient consent? ;

<http://www.publicadvocate.vic.gov.au/our-services/publications-forms/medical-consent/flowchart-1/341-can-your-adult-patient-consent-flowchart>

4 – 3. 医療代諾に関するリビングウイル制度はあるか。それは、うまく機能しているか。裁判所や医師は関与することになっているか

現在は、任意後見契約 (Enduring Power of Attorney) により、私的代理契約として医療代諾の事前指示が設定されている。ヴィクトリア州では、Medical Treatment Planning Act 2016 が州議会にて制定され、これを受け、Medical decision making laws が 2018 年 3 月より改正され施行される。その中身は、州保健省の専門家会合で検討される。州保健省ホームページには、医療代諾人が居ても、適切な判断能力に欠けることがしばしばあり、医療現場で混乱が生じているため、新制度を導入すると書かれてある。新制度の内容は公表されていないが、公的機関や医師が関与し、実効性の高い医療代諾人を選任するものと

予想される。

出所：州保健省ホームページ；

<https://www2.health.vic.gov.au/hospitals-and-health-services/patient-care/end-of-life-care/advance-care-planning/medical-treatment-planning-and-decisions-act>

4-4. 成年後見人の医療代諾権行使にあつて裁判所の関与（許可等）は必要か。その際、どのような基準が設けられているか

現在の制度（2018年3月以前に有効）では、医療代諾権行使の際に、裁判所の関与が必要とはなっていない。

出所：Can your adult patient consent? :

<http://www.publicadvocate.vic.gov.au/our-services/publications-forms/medical-consent/flowchart-1/341-can-your-adult-patient-consent-flowchart>

4-5. 成年被後見人のプライバシー保護との関連。郵便物の管理など

Tribunal が、審判（Court Order: access to the represented person – restricting or prohibiting access to the person as necessary）にて、成年被後見人のプライバシー保護などを定める。

4-6. 成年被後見人の死亡直後の成年後見人の事務処理権限。葬式についてはどうか

Tribunal が、審判（Court Order: access to services – ensuring that the represented person has access to necessary services）にて必要に応じて定める。

5. 成年後見に関する制度の在り方

5-1. 成年後見における親族の位置づけ。後見人引き受け義務等があるか

Tribunal は、本人に成年後見を引き受ける能力がある親族が居る場合、親族を成年後見人に選任することが原則である。親族には成年後見人引き受けの法的義務はないが、選任申立の際、成年後見人候補者を Tribunal に申告することができ、この申告が尊重されることが通例である。申立時に、当該親族は後見人引き受けを了解しており、Tribunal はこの親族に後見人引き受けが可能か否か、また適切な処置ができるか否かを判断する（2017年3月、メルボルン Tribunal にて聴取）。

5-2. 弁護士、公証人等の後見人引き受け義務はあるか。オーストリア法のような基準はあるか

弁護士、公証人等の後見人引き受け義務は無い。専門職の後見人起用は、Tribunal の判断によるものであるが、これに関する公表された基準は無い。

5-3. 公的成年後見の位置づけ。関連行政の一般的位置づけ、行政による後見はあるか。

ドイツの官庁後見のような制度はあるか

ヴィクトリア州には、公設権利擁護事務所（Office of Public Advocate ; OPA）がある。OPA は、成年後見法を根拠法にしてヴィクトリア州法務省内に設置された行政機関である。その長、公的権利擁護者（Public Advocate）は、オーストラリア総督により任命される自然人で、任期は7年間である。行政機関であるが、州政府から独立し、州議会に対して直接報告し、責任を負うと規定されている。そのおもな役割は以下の通りである。

- ・相談・助言サービス
- ・権利擁護者(advocate)および身上監護人プログラム
- ・地域身上保護人(community guardian)プログラム
- ・地域訪問者(community visitor)プログラム
- ・独立第三者(volunteer)プログラム
- ・その他（障害者の権利擁護に関する調査および政策立案、教育訓練、広報、啓発活動）

本人の親族などに身上保護人候補が見当たらない場合、公的身上保護人（advocate guardian）が、身上保護人に選任される。この場合、財産管理人には州立財産管理会社（State Trustees Limited）が通常任命される。そして、公的身上保護人と財産管理会社の両方で連携委員会を結成し、相互の連絡に努める。なお、ヴィクトリア州財産管理会社は、業務上公的性格を持ち、1939年に私企業として設立されたが、現在は州立である。連邦法に基づき、福祉プログラムや障害者支援財団に関係する省庁が、身上保護人を指名する場合もあり、こうした場合には Tribunal は聴聞を行わない。

5-4. (公的ないし公共的な) 成年後見センターが設置されているか

上記の公設権利擁護事務所（Office of Public Advocate ; OPA）が、成年後見センターの役割を果たしている。

5-5. 他害の危険性を含む精神障害者の後見について、特別な配慮がなされているか。措置入院や医療保護入院の場合における成年後見人の役割（同意、任務等）

精神病患者の拘束(detention)または強制入院に際し、通常の身上保護人とは別に、治療代諾人を指名する必要がある。

6. 後見制度の利用に際しての裁判所の関与の仕方について

6-1. 広義の成年後見に関する福祉行政との任務分担について

成年後見制度は、各州・特別地域法に規定されており、業務及び責任範囲は明確に限定されている。福祉行政は、福祉に関する各州・特別地域の行政組織により措置されている。

6-2. どのような裁判所が手続きを担当しているか。家族裁判所、簡易裁判所等。1 裁判所が管轄する地域の人口は

民事行政審判所（VCAT⁵）は、Victorian Civil and Administrative Tribunal Act 1988 を根拠法として設置された民事行政審判所であり、州内 46 か所に連絡事務所を持つ。おもに、人権に関する紛争を扱い、審判を下す。年間約 87,000 件の事件を処理しており、このうち、成年後見関係は 14,000 件である（2016 年実績）。VCAT の幹部は裁判官であるが、職員は法律家、福祉実務者、地域代表者など多様な人材で構成されている。VCAT は、身上保護人または財産管理人の選任申立て（Guardianship List への申請）を受け、選任の審判を行う。選任の申立は、電子（on line）または郵送で行う。申立者は、配偶者や親族のほか、介護者、友人、医師、行政官など幅広く認められている。ヴィクトリア州の人口は 500 万人である。

6-3. 裁判所の手続利用の前に何らかの前置手続きがあるか。オーストリアのクリアリングのような

特になし。

6-4. 上記の成年後見センターが設置されている場合において、裁判所との連携はどうなっているか

公設権利擁護事務所（OPA）は、Tribunal と緊密な協力関係にある。また、本人の財産被害事件が多発しており、この相談が持ち込まれることの多い州立財産管理会社が、Tribunal 本庁に職員を常駐させ、財産被害者への対応と Tribunal の CSV 制度（注 4）参照）利用への橋渡し業務を遂行している。

7. 任意後見制度の採用の有無

7-1. 民法上の「後見のための委任契約」との関連

任意財産管理法（Power of Attorney Act 2014）は、一般的委任状（General Power of Attorney）と持続的委任状（Enduring Power of Attorney）を定め、本人自身に関する決定を、予め合意の下に第三者に委ねることができる。前者は、わが国の任意代理に相当し、本人に判断能力がなくなれば、その効力を失う。後者は、わが国の任意後見制度にあたり、判断能力を失った場合、将来にわたって代理人に決定権を持たせることができる。18 歳以上で委任状作成の意味と影響を理解できる者に対し、その作成が奨励されている。後者には、①財産および法的決定、②ライフスタイルに関する決定、③治療上の決定、の 3 つのタイプがある。この 3 つのタイプを担当する人は、任意財産管理人（Enduring Power of

⁵ ヴィクトリア州では、The Court Service Victoria Act 2014 が成立し、2014 年 7 月より Tribunal は裁判所より独立し、議会に直接報告する責任を与えられた。同時に、通常の裁判所から組織上切り離され、Court Service Victoria（CSV）制度が新たに導入され、簡易で迅速な事務処理を行うことができるようになった。ヴィクトリア州の司法 180 年の歴史の中で、画期的な出来事であるとされている。

Attorney(financial))、任意身上保護人 (Enduring Guardian)、任意治療代諾人 (Enduring Power of Attorney(medical treatment)) と呼ばれる (西田 2011⁶)。

7-2. 任意後見に関する特別法が制定されているか

ヴィクトリア州では、「任意財産管理法」(Power of Attorney Act 2014) が制定されている。

7-3. 同契約において、葬式などについての取り決めがなされているか

親族などの身寄りがいない場合、葬式などについての取り決めはあり得る。

7-4. 日本の福祉サービス利用援助事業のような法定代理権を伴わないサービスがあるか

現在は無い(ただし、現在議会で審議中の高齢者虐待に関する法律で、高齢者虐待の予防に資するために法定代理権を伴わないサービスが設定される可能性もありうるので、今後の法案審議に注目を要する。)

8. その他、成年後見に関して、当該国に独特な制度はあるか

ヴィクトリア州の成年後見制度の独特な制度は、次の4点である。

- ① 身上保護人 (guardian) と財産管理人 (administrator) の役割が、制度上分離している。
- ② 決定が、裁判所 (Courts) ではなく民事行政審判所 (tribunal) により行われる。
- ③ 精神病患者の拘束 (detention) または強制入院に際し、治療代諾人を別途指名する。
- ④ 医療保険や障害者保険が、政府により手配されている。

以上

⁶ 西田和弘 (2011年) 「後見等にかかる福祉立法の動向と『公』の責任と役割—オーストラリア法を参考に—」『週刊社会保障』2636:46-51

第8章 中国

松山大学法学部 教授
銭 偉栄

1. 国連の障害者権利条約への対応

1-1. 同条約の批准の有無、批准に当たっての「留保条項」はあるか。その内容は

中国は2008年6月26日の第11期全人代常務委員会第3回会議において、中国香港特別行政区への「移動の自由」および「国籍」に関する規定（条約第18条）の適用に際して、出入国管理及び国籍の申請に関する中国香港特別行政区の法律の効力はこれにより妨げられないという留保付きで、障害者権利条約（「残疾人権利公約」）を批准し¹、同年8月31日、同条約が中国でその効力を生じた。

1-2. 同条約第12条の legal capacity について、独特の（条約の）条文解釈がなされているか。特に、権利能力・行為能力の平等の保障について

中国民法は日本民法と同様、「（民事）権利能力」と「（民事）行為能力」の使い分けをしている（民法総則第2章第1節および民法通則第2章第1節の節名参照）²。

中国語版障害者権利条約では、第12条2～4項中の legal capacity はそれぞれ「法律権利能力」と訳されている³。もっとも、legal capacity という用語の中国語訳は必ずしも一定していない。例えば、中国政府が1980年9月29日に批准し⁴、1981年9月3日にその効力を生じた「消除对婦女一切形式歧视公約」（「女子差別撤廃条約」）15条2項および3項において、legal capacity は「法律行為能力」と訳されている⁵。しかし、障害者権利条約の交渉記録からは、同条約の交渉過程において中国政府は、legal capacity = 法律権利能力に拘っていたことが分かる。その理由については、次のことが推測される。すなわち、中国法の下では、「女性」というだけでその行為能力を制限されることはないので、legal capacity を「法律行為能力」と訳しても特に問題になることはない。しかし、障害者権利条約締結交渉時の中国法において、自己の行為を弁識することができずまたは不完全にし

¹ 「全国人大常務委關於批准《残疾人権利公約》的決定」（2008年6月27日）、中国人大網 http://www.npc.gov.cn/huiyi/cwh/1103/2008-06/27/content_1435606.htm（2017年9月1日アクセス）参照。

² 民法総則（2017年3月15日公布、同年10月1日施行）は民法通則（1987年1月1日施行、2009年8月27日最終改正）を補完し、発展させてきたものであるが、民法総則施行後もなお民法通則はその効力を失わない。

³ 「残疾人権利公約」、中国人大網 http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2008-12/24/content_1467401.htm（2017年10月1日アクセス）参照。

⁴ 「第五届全国人民代表大会常務委員会關於批准联合国《消除对婦女一切形式歧视公約》的決定」（國務院公報1980年15期453頁）、中国政府網 <http://www.gov.cn/gongbao/shuju/1980/gwyb198015.pdf> 参照。

⁵ 「消除对婦女一切形式歧视公約」、中国人大網 http://www.npc.gov.cn/wxzl/wxzl/2000-12/26/content_1211.htm 参照。

か弁識することができない精神病患者（民法通則 13 条、19 条参照）⁶がその行為能力の全部または一部を制限されることがあるから、**legal capacity** を「法律行為能力」に訳すと、精神障害者が他の者と平等な行為能力を享有すること（これは同条約の本来の趣旨であるが）を認めることになる。その場合に、精神障害者の行為能力の全部または一部を制限することを認める国内法との調整が大きな問題となるからである。

2004 年 1 月 27 日、「障害者の権利及び尊厳を保護・促進するための包括的かつ総合的な国際条約を検討するためのアドホック委員会」（以下、「アドホック委員会」という）作業部会の起草にかかる障害者権利条約草案⁷（以下、「WG 草案」という）が公表された。障害者権利条約 12 条 2 項の前身である WG 草案 9 条 b は、「障害者が他の者と平等に財務事項についてのものを含む完全な **legal capacity** を享有することを認める」と定めている。同草案注 32 によれば、その趣旨は、児童が完全な **legal capacity** を有しないことは一般的に公認されており、したがって障害児童もまた完全な **legal capacity** を有しないが、障害者は障害者であるがゆえに差別されるべきではないことを確認するためであるとされている⁸。したがって、障害者権利条約 12 条における **legal capacity** を、行為能力を含む概念と理解するのが相当であろう。

ところが、「**legal capacity**」という概念の意義をめぐって、アドホック委員会第 5 回会合（2005 年 1 月 24 日～2 月 4 日）で活発な議論が交わされ、その焦点はまさしく「**legal capacity**」の内包、すなわち、それが単に「権利能力」だけを意味するものか、それとも「行為能力」まで含むものかにあると言われている⁹。しかし、一致した意見を得ることができなかつた¹⁰。アドホック委員会第 5 回会合での討論を踏まえてできた草案 9 条 2 項本文には、その対立が反映されている。つまり、同規定は、「締約国は、障害者があらゆる側面において他の者と平等に [**legal capacity**] を享有することを認め、かつ、可能な限りにおいて、[**that capacity**] [**the capacity to act**] を働かせるために必要とされる援助を確保する。」と規定するが、**legal capacity** には、「アラビア語、中国語およびロシア語では、“**legal capacity**”という用語は“**legal capacity for rights**”を表すものであって、

⁶ 最高人民法院「關於貫徹執行『中華人民共和國民法通則』若干問題的意見（試行）」（1988 年 4 月 2 日 公布。以下、「通則意見」という）により、認知症患者を含むものと拡大解釈される。2017 年 10 月 1 日施行の民法総則では、さらに精神上の障害により自己の行為を弁識することができずまたは不完全にしか弁識することができない成年者に拡大される（総則 21 条 1 項、22 条および 24 条参照）。

⁷ Draft articles for a Comprehensive and Integral International Convention on the Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities, in Annex I to the Report of the Working Group to the Ad Hoc Committee (A/AC.265/2004/WG.1), <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcwgreportax1.htm> (2017 年 9 月 1 日アクセス) 参照。

⁸ 前掲注(7)参照。

⁹ 「障害者権利条約に関する第 5 回国連総会アドホック委員会（概要）」（2005 年 2 月 5 日）、外務省ウェブサイト http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/jinken/shogaisha0502_g.html (2017 年 10 月 1 日アクセス) 参照。

¹⁰ Report of the Coordinator to the Ad Hoc Committee at its fifth session, in Annex II to the Report of the Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on the Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities on its fifth session (A/AC.265/2005/2), para. 18, <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc5reporte.htm> (2017 年 10 月 1 日アクセス) 参照。

“legal capacity to act”を表すものではない¹¹という脚注をつけ、同用語は中国語では「法律権利能力」のみを意味することを示した。この脚注はその後、アドホック委員会第7回会合で採択された障害者権利国際条約ワーキングテキスト 12条2項¹²、およびアドホック委員会第8回会合で採択された障害者権利条約草案 12条2項¹³においても維持された。アドホック委員会第8回会合第22回会議（2006年12月5日）で、委員会はそれを削除することを決めた¹⁴。削除の理由および中国政府がその削除に応じた理由を確認することはできない。しかし、同脚注の削除は、「legal capacity」を「法律権利能力」としてのみ捉える中国側の立場に何らの影響をも与えない。なぜなら、同会議で採択された障害者権利条約草案 12条2～4項中の「legal capacity」は中国語版ではそれぞれ「法律権利能力」と訳されており¹⁵、しかも中国語版は英語版と同等の効力を有する（同条約50条1項）からである。legal capacity をめぐる一連の交渉について、これを、EU等が中国等の国に妥協した結果であると評する声がある¹⁶。

中国政府は2010年8月30日に、障害者権利条約の実施状況に関する第1回報告¹⁷（CRPD/C/CHN/1。以下、「中国政府第1回報告」という）を作成し、障害者権利委員会に提出した。中国政府第1回報告は、障害者の権利能力については、民法通則の規定¹⁸を

¹¹ Status of the text following the discussions held during the fifth session of the Ad Hoc Committee, in Annex III to the Report of the Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on the Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities on its fifth session (A/AC.265/2005/2), <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc5reporte.htm> (2017年10月1日アクセス) 参照。

¹² International Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Working text, in Annex II to the Report of the Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on the Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities on its seventh session(A/AC.265/2006/2), <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7report-e.htm> (2017年10月1日アクセス) 参照。

¹³ Draft convention on the rights of persons with disabilities, in Annex A to the Interim report of the Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on the Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities on its eighth session(A/AC.265/2006/4), <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc8intreporte.htm> (2017年10月1日アクセス) 参照。

¹⁴ Final report of the Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on the Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities on its eighth session(A/61/611), para.4, <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcfinalrepe.htm> (2017年10月1日アクセス) 参照。

¹⁵ 「拟订保护和促进残疾人权利和尊严的全面加强国际公约特设委员会的最后报告(A/61/611)」附件一「残疾人权利公约」、<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcfinalrepe.htm> (2017年10月1日アクセス) 参照。「legal capacity」という用語は、WG草案およびアドホック委員会第5回会合で確定した草案では「法律能力」と訳されていたが、アドホック委員会第7回会合で採択されたワーキングテキストでは、すでに[]付きで「法律権利能力」と訳され、それがアドホック委員会最終報告(A/61/611)付録1の条約草案で確定した。

¹⁶ 李敬「如何理解《公约》中对“法律面前人人平等”的规定——解读《残疾人权利公约》第12条」(2017年3月15日、《中国残疾人》)、中国残疾人网 http://www.chinadp.net.cn/culture/_dajiangtang/2017-03/15-15948.html (2017年10月1日アクセス) 参照。

¹⁷ 「《残疾人权利国际公约》的实施情况・缔约国按照《公约》第三十五条提交的初次报告」、http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fCHN%2f1&Lang=zh (2017年10月1日アクセス) 参照。

¹⁸ 同報告によって引用されたのは民法通則9条と10条である。すなわち、「公民は、その出生の時から死亡の時まで、民事権利能力(capacity for civil rights)を有し、法により民事上の権利を有し、

引き合いに出し、障害者は他の者と平等に、障害者権利条約 12 条 2 項に定める「法律権利能力」を享有することを強調する（第 51 段落）。他方、精神障害者（精神病者）の行為能力の一部または全部が民法通則により制限されることがある旨を認めている（第 52 段落）が、それが同条約 12 条の趣旨に反するという認識は見られない。したがって、同報告の内容からも、同条約 12 条にいう **legal capacity** を「法律権利能力」という意味で捉え、同条は障害者に平等な「権利能力」を認めるものであって、平等な「行為能力」を認めるものではないという中国政府の立場がうかがえる。

中国の非政府組織ワンプラスワン（北京）障害者文化発展センター（一加一（北京）障害者文化発展センター）¹⁹は、2012 年 4 月 11 日に障害者権利委員会に「ワンプラスワン報告書：中国における国連『障害者の権利条約』の実施状況（2012 年 3 月）」を提出した²⁰。同報告もまた、同条約 12 条との関連で、精神病者の行為能力の全部または一部を制限されることがあることを特に問題視しなかった²¹。

1-3. 同条約における障害者への「支援」はどのように理解されているか。同条約を前提とした特別法はあるか。特に、判断能力が極めて不十分な人について

同条約を前提とした特別法はない。

同条約 12 条 3 項は、「締約国は、障害者とその法的能力 **legal capacity** の行使に当たって必要とする支援 **support** を利用することができるようにするための適当な措置をとる」と定めている。中国政府第 1 回報告によれば、「実際の民事活動において、援助 **aid** を必要とする障害者は、代理人を通して民事法律行為を行うことができる。（中略）《民法通則》の規定によれば、民事行為能力のないまたは民事行為能力を制限される（**no or limited capacity to undertake civil actions**）精神病者については、その配偶者、父母、成人の子、その他の近親者、ならびに住民委員会・村民委員会の同意を得た密接な関係にあるその他の親族および知人がその監護人となる。監護人は、その法定代理人として、その身体、財産およびその他の合法的な権利利益を保護する」（52 段落）。当該内容からも分かるように、中国政府は、同条約 12 条にいう「支援」を、代理制度を通しての「意思決定の代行」という意味で理解している。2017 年 10 月 1 日施行の中国民法総則は、「監護人の職責は、被監護人を代理して民事法律行為を行」うことを明文で定め（34 条 1 項）、代理、すなわち意思決定の代行を判断能力不十分な被監護人に対する「支援」として理解していること

民事上の義務を負う」（9 条）、「公民の民事権利能力（**capacity for civil rights**）は、一律にして平等である」（10 条）。

¹⁹ 同センターの前身は、2006 年 3 月に成立した「北京一加一文化交流中心」であり、2010 年 11 月 15 日に現名称に変更された。これについて、中国発展簡報網

<http://www.chinadevelopmentbrief.org.cn/news-15176.html>（2017 年 10 月 5 日アクセス）参照。

²⁰ 中国発展簡報網 <http://www.chinadevelopmentbrief.org.cn/news-15701.html>（2017 年 10 月 5 日アクセス）参照。

²¹ 「一加一報告 联合国《残疾人权利公约》中国实施情况（2012 年 3 月）」の中国語版、英語版へのリンク先および同報告書の日本語訳については、立命館大学生存学研究センター「生存学」創成拠点ウェブサイト <http://www.arsvi.com/2010/1203opo.htm>（2017 年 10 月 5 日アクセス）参照。

が改めて示された。

障害者権利委員会第7回会合は2012年4月16日から20日まで、中国政府第1回報告について討論をし、それに基づく質問票（CRPD/C/CHN/Q/1）²²の中で、条約12条に関して、①監護人は被監護人を代表して決定をすることができるか。②被監護人は支援を受けて決定をするというサービスが得られるか（質問項目9）、という質問を中国政府に投げかけた。まさに「代替的意思決定」か「支援付き意思決定」かという、同条約12条の核心に迫る問題である。これに対する中国政府の回答（CRPD/C/CHN/Q/1/Add.1）²³は以下の通りである。民法通則12条から14条までの規定によれば、「極少数の精神病患者および知的障害者が民事行為無能力者であり、監護人は被監護人を代表して決定をすることができる。大多数の精神病患者および知的障害者は制限民事行為能力であり、制限民事行為能力者は、自らの意思でその精神状況および知的状況に応じた民事活動を行うことができ、監護人が全てにおいて被監護人を代表して決定をすることはできず、監護人はその決定をするに際して被監護人の意見を聞かなければならない」（下線は引用者による）、という。しかし、それを裏付ける統計データが示されておらず、説得力を欠くものと言わざるをえない²⁴。

1-4. 法定代理制度は、同条約における本人意思の尊重との関連で、どのように位置づけられているか

民法総則23条によれば、行為無能力者等の認定を受けた者に監護人が付くが、監護人は、行為無能力者等の法定代理人となる。行為無能力者の法定代理人は、本人を代理して法律行為をすることができる（総則21条1項）、制限行為能力者の法定代理人は、単に利益を得る法律行為または本人の知力、精神的健康状態に相応する法律行為を除くものについて、本人を代理してすることができる（総則22条）。したがって、民法総則が従来の「代替的意思決定」モデルを維持しているという意味では、条約12条が目指す「支援付き意思決定」モデルとは相容れないものがある。しかし、民法総則（35条3項前段）には、条約12条に歩み寄りをしたとみられる箇所もある。すなわち、第1は、監護人は、その監護事務（代理行為）を遂行するときに、「被監護人の真の意向を最大限に尊重し」なければならないとされることである。第2は、制限行為能力者である「被監護人がその知力、精神的健康状態に相応する民事法律行為をすることを保障し、かつ、それに協力しなければ

²²

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fCHN%2fQ%2f1&Lang=zh（2017年10月5日アクセス）参照。

²³

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fCHN%2fQ%2f1%2fADD.1&Lang=zh（2017年10月5日アクセス）参照。

²⁴ 上海市高级人民法院管内の区人民法院の行為無能力者等宣告事件（2016年）を調べたところ、終局事件は773件であり、認容で終局したもの（730件）のうち、行為無能力者宣告を受けたのは543件（74.4%）、制限行為能力者宣告を受けたのは187件（25.6%）である。データは筆者が上海市高級人民法院網の「裁判文書」ページで公開されている裁判例を分析して得たものである（以下同じ）。
<http://www.hshfy.sh.cn/shfy/gweb2016/index.html> 参照。

ならない」とされることである。これこそが、条約 12 条が目指す「支援付き意思決定」の姿であろう。

1-5. いわゆる「障害者の欠格条項」に対して再検討がなされているか。なされている場合には、その理念は何か

中国法において、行為無能力者等についての欠格条項を設けている法令が数多く存在する。主に次のようなものがある。①免許証を交付しない。例えば、弁護士免許証（「律師執業證書」）の不交付（律師法 7 条 1 号）。②登録を認めない。例えば、医師登録（執業医師法 15 条 1 項 1 号）や、会計士登録（注冊會計師法 10 条 1 号）など。③特定の職業への就職を認めない。たとえば、公証人（公証法 20 条 1 号）。④特定団体の責任者となることを認めない。たとえば、慈善団体の責任者（慈善法 16 条 1 号）、民間学校の設置者（民弁教育促進法 10 条 2 項）など。上記法令のうち、障害者権利条約が中国で発効（2008 年 8 月 31 日）後に制定又は改正された法令——たとえば、慈善法（2016 年 3 月 16 日制定、同年 9 月 1 日施行）、律師法（1996 年 5 月 15 日制定、2017 年 9 月 1 日最終改正）など——も少なくないが、行為無能力者等の欠格条項についてはいずれも修正はなかった。

他方、例外的に、行為無能力者等というだけで一律にその権利などを制限する旨の欠格条項を置かない法令もある。例えば、「身体的に健康であること」を裁判官や検察官の任官条件の一つとするもの（法官法 9 条 1 項 5 号、検察官法 10 条 1 項 5 号）や、「通常の職務遂行が可能な身体的条件を有すること」を就職の条件とするもの（公務員法 11 条 5 号）、である。

2. 最近、成年後見に関連する法律の改正はあったか

2-1. 特に、民法についてはどうか

2017 年 3 月、民法総則が制定された（同年 10 月 1 日施行）。民法総則は、1987 年 1 月 1 日施行の民法通則における成年監護制度の枠組みを維持しつつその拡充と改善を図った。障害者権利条約 12 条との関連で特に注目すべき改正は、被監護人意思の尊重義務の明文化と任意監護制度の創設（これについて後述 7 参照）である。

民法通則には、「被監護人意思の尊重義務」を定める明文の規定がなく、人民法院による監護人の指定における義務として実務上確立されたにすぎない（通則意見 14 条 1 項）。それによれば、人民法院は、監護人を指定する場合において、「被監護人に弁識能力を有するときは、その状況に応じて被監護人の意見を聴かなければならない」（中民訴 189 条 1 項 3 文も参照）。民法総則は、それを明文化した上、その適用範囲をさらに拡張した。すなわち、「法により監護の資格を有する者」（以下、「監護人候補者」という）が数人ある場合の協議による監護人の決定（総則 30 条）や、住民委員会や村民委員会（以下、「住民委員会等」という）もしくは民政部門または人民法院による監護人の指定（総則 31 条 2 項）においてのみならず、監護事務の遂行（総則 35 条 3 項）および監護人を一旦解任された父母ま

たは子の監護人候補者資格の回復（総則 38 条）においても、被監護人意思の尊重義務が明文化された。とりわけ、監護事務の遂行に際して、監護人は、「被監護人の真の意向を最大限に尊重し、被監護人がその知力、精神的健康状態に相応する民事法律行為をすることを保障し、かつ、それに協力しなければならない。被監護人が単独で処理することができる事務について、監護人は、それに干渉してはならない。」（総則 35 条 3 項）と定め、法定代理制度という枠組みのもとで、条約 12 条の趣旨を最大限に生かそうとしたものと思われる。

しかし、民法総則においても、本人意思の尊重義務が徹底されたとはいえ、なお改善する余地がある。第 1、行為無能力者等認定の申立ての申立人に本人が含まれていない。第 2、人民法院が利害関係人または関係組織の申立てを受けて行為無能力者等の認定をする場合における本人意思の尊重義務を定める規定がない。第 3、行為無能力者等の認定を受けた者について、監護人はまず法律の定める順序の順位に従って当然に決まり（総則 28 条 1～3 号）、その決定プロセスには本人意思の関与が欠落している。

2-2. 社会保障法の隣接領域での法改正はあったか

条約の批准にあたり、または条約の批准後、中国は、障害者の権利と利益の保護を旨とする法整備を行った。改正されまたは新たに制定された法令として、主に以下のものがある。

- ① 残疾人就業条例（2007 年 5 月 1 日施行）：障害者の労働と雇用を保障する旨を定める政令²⁵。条約 27 条関連。
- ② 无障碍环境建设条例（2012 年 8 月 1 日施行）：施設やサービスへの障害者のアクセス可能性を保障する政令²⁶。条約 9 条関連。
- ③ 精神卫生法（2013 年 5 月 1 日施行）：中国初の精神卫生法。同法は、中国で重大な社会問題とされてきた「被精神病」現象に歯止めをかけようとした²⁷。精神病の診断基準の厳格化、入院治療に際しての本人の意思の尊重義務および入院治療の手続きの明確化等を図る。
- ④ 残疾预防および残疾人リハビリテーション条例（2017 年 7 月 1 日施行）：障害の予防、ハリリテーションおよびリハビリテーションに関する施策を定める。条約 26 条関連。
- ⑤ 残疾人教育条例（1994 年 8 月 23 日施行、2017 年 1 月 11 日最終改正）：2017 年改正で特に注目すべき点は、障害者の教育機会均等化、インクルーシブ教育の推進

²⁵ ここにいう「条例」は内閣に相当する「国务院」の制定にかかる法規命令である。以下同じ。日本とは違って、中国では、独立命令が認められている。

²⁶ 「彭高建：解读第 622 号令 无障碍环境建设条例」（2012 年 9 月 21 日）、騰訊科技網 <http://tech.qq.com/a/20120926/000185.htm>（2017 年 11 月 11 日アクセス）参照。

²⁷ 陳竺「关于《中华人民共和国精神卫生法（草案）》的说明」（2013 年 2 月 25 日）、中国人大網 http://www.npc.gov.cn/huiyi/lfzt/jswsf/2013-02/25/content_1872407.htm（2017 年 11 月 11 日アクセス）参照。

および教育を受ける権利の保障である。条約 24 条関連。

- ⑥ 障害者保護法（1991 年 5 月 15 日施行、2008 年 4 月 24 日最終改正）：障害者保護に関する基本法である。同法について、2008 年に大幅な改正が行われた。条約 12 条関連の改正は同法 9 条に関するものである。同法 9 条 2 項によれば、障害者の監護人は監護の職務を遂行し、被監護人の合法的権利・利益を保護しなければならない。2008 年改正では、「被監護人の意向を尊重すること」が盛り込まれた。

2-3. 同条約批准後において、上記以外で、成年後見関連法律の制定又は改正はあったか

2012 年 12 月 28 日改正の老年者権益保障法（2013 年 7 月 1 日施行）では、60 歳以上の老年者（同法 2 条参照）を対象とする任意監護（「意定監護」）制度が初めて導入された（同法 26 条 1 項）。それによれば、「完全な民事行為能力を具備する老年者は、近親者又はその他自己と密接な関係にあり、かつ、監護の責任を引き受ける意思のある個人および組織の中から、協議により、自己の監護人を定めることができる。監護人は、当該老年者が民事行為能力を喪失し又はその一部を喪失したときは、法によりその監護責任を負担する」。そして、「老年者が事前に監護人を定めていないときは、その者が民事行為能力を喪失し又はその一部を喪失したときは、関係する法律の規定に従って監護人を定める」（同法 2 項）として、法定監護および指定監護²⁸よりも任意監護を優先させた。本人意思の尊重という観点に基づくものであるかと思われる。しかし、条文はこれ 1 か条しかなく、これを運用していくためには、さらなる法整備が必要とされる。

2-4. 高齢者の取引参加について成年後見制度以外でも配慮がなされているか。特に、消費者保護法との関連ではどうか

特になし。

3. 法定成年後見（人）制度の機能について

3-1. 法人後見、複数後見は認められているか。それらは、よく機能しているか。認められていない場合は、その理由

民法通則によれば、本人の勤務先または本人の住所地にある住民委員会もしくは村民委員会は、通則 17 条 1 項に定める監護人候補者がいないときに、行政機関である民政部门とともに、監護人を引き受けることを義務付けられている（通則 17 条 3 項）。本人の勤務先または本人の住所地にある住民委員会もしくは村民委員会が監護人となる場合を法人ないし社会团体による監護と見ることができ、中国では、本人の勤務先と住民委員会等

²⁸ 中国の学説は、監護人が法律の規定（民法通則 17 条 1 項、民法総則 28 条）に従って当然に決まる場合を特に「法定監護」、監護人が住民委員会等や人民法院によって指定される場合を特に「指定監護」と呼ぶ。

が「準公権力」とみなされたため、本人の勤務先および住民委員会等が監護人となる場合と民政部门が監護人となる場合は合わせて「公職監護人」と呼ばれる²⁹。複数監護については、明文の規定はないが、裁判実務では認められている（通則意見 14 条 2 項）³⁰。

民法総則では、初めて法人（社会団体）監護が認められている。それによれば、被監護人の住所地にある住民委員会等または民政部门の同意を得た社会団体も監護人になれる（総則 28 条 4 号）。社会団体による監護を認めることによって家庭監護を補完するとともに、公的監護の圧力を緩和するのがその狙いである³¹。

3-2. 資産の少ない人の成年後見制度の利用について配慮されているか。利用料の補助がある場合には、その基準はどのようなものか

この点については不明。

3-3. 正式な成年後見ではなく、親族などによる事実上の成年後見は行われているか。その場合に、関係者の意識として、「違法」と感じているか

親族などによる事実上の成年監護が行われており、しかも人民法院もそれを容認していると思われる。

民法総則によれば、人民法院は、自己の行為を弁識することができないかまたは不完全にしか弁識することができない成年者については、その利害関係人または関係組織の申立てにより、その者を民事行為無能力者または制限民事行為能力者と認定することができる（総則 24 条 1 項。通則 19 条 1 項参照）。「自己の行為を弁識することができない成年者」は民事行為無能力者（総則 21 条 1 項。通則 13 条 1 項参照）、「自己の行為を不完全にしか弁識することができない成年者」は制限民事行為能力者とそれぞれ認定される（総則 22 条本文。通則 13 条 2 項参照）。つまり、自己の行為を弁識することができないかまたは不完全にしか弁識することができない成年者（通則にあっては「精神病者」）は、人民法院による認定（通則にあっては「宣告」）を受けた場合に初めて、民事行為無能力者または制限民事行為能力者となり、その者に監護人がつけられる。もっとも、監護人の決定手続きは煩雑である。まず、総則 28 条 1 号から 4 号まで（通則 17 条 1 項 1 号から 5 号まで）に定める順序の順位に従って当然に決まる。それでは決まらない場合には、関係当事者は、その選択に従い、住民委員会等もしくは民政部门または人民法院に監護人の指定を申し立てることができる（総則 31 条 1 項）³²。

²⁹ 王洪『婚姻家庭法』（法律出版社、2003 年）327 頁参照。上海市高級人民法院管内の区人民法院の 2016 年行為無能力者等宣告事件においては、本人の勤務先および住民委員会が監護人に指定されたケースはそれぞれ 1 件あった。

³⁰ 上海市高級人民法院管内の区人民法院の 2016 年行為無能力者等宣告事件において複数監護は 14 件認められた。

³¹ 「關於『中華人民共和國民法總則（草案）』的說明」（2016 年 7 月 5 日）、中國人大網 http://www.npc.gov.cn/npc/lfzt/rlyw/2016-07/05/content_1993422.htm（2017 年 5 月 3 日アクセス）参照。

³² 通則では、まず本人の勤務先、住民委員会または村民委員会が本人の近親者から指定する（通則 17

しかし、実際には、次のように、本人が人民法院による宣告を受ける前に「監護人」がすでに指定されていた場合がある（いずれも通則時代のもの）。

(i) Aは、2016年9月23日に民事行為無能力者宣告を受けたが、それに先立ち、前年5月8日に、中国残疾人（障害者）連合会から、監護人をその兄弟Bとする「残疾人証」の交付を受けた（上海市虹口区人民法院(2016)滬0109民特172号2016年9月23日判決。同(2016)滬0109民特121号2016年9月13日判決も同旨—監護人を本人の配偶者とする事例）。なお、上記判決はいずれも監護人の指定をしていない。

(ii) 2016年9月2日、華東政法大学司法鑑定中心がAを民事行為無能力者とする鑑定を受け、Aの住所地にある住民委員会がAの子Bをその監護人に指定した。その後、Aの配偶者の申立てにより、人民法院は、Aを民事行為無能力者とする宣告をすると同時に、BをAの監護人とする旨の判決を出した（上海市長寧区人民法院(2016)滬0105民特139号2016年11月2日判決。同閔行区人民法院(2015)閔民一(民)特字第97号2016年2月4日判決も同旨）。上記判決はいずれも重ねて監護人を指定しているが、その意義は不明である。人民法院が住民委員会と同様の指定をしていることから、人民法院は、住民委員会の指定を確認する意味合いを持つものと思われる。その旨を明記している上海市徐匯区人民法院の判決がある。それによれば、「専門的な司法鑑定によれば、Aが器質性痴呆に罹患し、確かに民事行為能力を有しないことは本院の認めるところである。それゆえ、その者を民事行為無能力者とする申立てという訴訟上の請求については、本院はこれを支持する。法律の定めるところによれば、民事行為無能力者または制限民事行為能力者である精神病患者の監護人は、その配偶者、父母、成年の子またはその他の近親者等となる。申立人BはAの娘として、Aの監護人となる意向を表明し、かつ、上海市徐匯区楓林路街道謹斜住民委員会が2016年4月1日にすでに書面をもってBをAの監護人として指定したので、本院はこれを確認する。（中略）次のように判決する。Aを民事行為無能力者と宣告し、BをAの監護人として指定する」（(2016)滬0104民特542号2016年11月8日判決）。

以上の事例より、人民法院による行為無能力者等宣告を得る前に、単に精神上的障害があるというだけの理由で本人に「監護人」を付することが黙認されていることがわかる。民法通則17条1項本文によれば、「民事行為能力のない又は民事行為能力を制限される精神病患者」に監護人がつくことになっている（総則28条1項本文では、精神病患者が成年者に改められた）が、精神病患者が民事行為能力を有するかどうか、または制限されるかどうかはもとより人民法院の宣告（認定）を経なければならない（通則19条1項。総則24条1項参照）。しかし、例えば、「精神障害患者の監護人は、監護の職務を遂行し、精神障害患者の合法的な権利利益を保護しなければならない」（精神衛生法9条）のように、あたかも精神上的障害という理由だけで監護人がつくというような規定の仕方をしている法令もある。そもそも「自己の行為を弁識することができない精神病患者は民事行為無能力者」

条2項前段)。本人の勤務先などによる指定に不服がある場合には、人民法院が最終的に決定することになっている（通則17条2項後段）。この意味では、総則は指定手続の簡素化を図ったといえよう。

であり（通則 13 条 1 項。総則 21 条 1 項参照）、「自己の行為を不完全にしか弁識することができない精神病者は制限民事行為能力者」である（通則 13 条 2 項。総則 22 条）と定められているように、成年監護法の基本を定める民法通則や民法総則でさえ、精神病者はすなわち行為無能力者または制限行為能力者であるという誤解を招きかねない表現が使われている。行為無能力者等宣告の前に住民委員会等が監護人を指定する事態を人民法院が看過したことがさらにそれを助長したものと思われる。

3-4. 成年後見人の報酬について、特別な公的配慮がなされているか。そのための特別法はあるか。ある場合には、報酬の基準についても

民法通則では、必要費の償還および報酬に関する規定が設けられていない（民法総則も同様）。立法者が報酬の支払いについて否定的な立場をとったのは、伝統的な家族観の影響により、行為無能力者等の世話は基本的には家族の責務とされ、監護人となる者のほとんどが被監護人と扶養関係にあるという背景的事実が存在していたからではないかと思われる³³。

上海市高級人民法院管内の区人民法院の 2016 年民事行為無能力者等宣告事件（認容終局件数 730 件）について調べた結果、人民法院により監護人を指定された 377 件のうち、監護人と本人との関係が明らかであるのは 311 件である。そのうち、本人の近親者が監護人となるのは 303 件で、97.4%を占めており、その他の親族を合わせると 309 件で、99.4%を占めている。民法通則にいう近親者とは、一般に配偶者および日本でいう 2 親等内の親族、すなわち父母、子、兄弟姉妹、祖父母および孫を指すものとされる（通則意見 12 条参照）。中国婚姻法によれば、夫婦間（同法 20 条）、親子間（同法 21 条）、祖父母と孫との間（同法 28 条）および兄弟姉妹間（同法 29 条）には、相互に扶養義務を負う。被監護人と扶養関係にある近親者が監護人の 97.4%を占める現状においては、報酬の支払いに対して否定的に捉える考え方は当然かもしれない。

なお、必要費の償還は、委任契約における必要費の償還（中契 398 条）に準じて認めることができる³⁴。

4. 成年後見人の権限について

4-1. 身上監護の範囲、具体的に

民法総則によれば、「監護人は、被監護人を代理して民事法理行為をし、被監護人の人格・身分上の権利、財産上の権利及びその他の合法的な権利利益等を保護すること」をその職務とする（総則 34 条 1 項。通則 18 条 1 項参照）。

³³ 最高人民法院民法通則培訓班編輯組編『民法通則講座』（北京市文化局出版処、1986 年、非公刊）102 頁〔江平執筆〕、楊大文主編『親屬法（第 4 版）』（法律出版社、2004 年）275 頁〔陳明俠執筆〕参照。

³⁴ 必要費の償還を認めるべきだとする説として、最高人民法院民法通則培訓班編輯組編『民法通則講座』（北京市文化局出版処、1986 年、非公刊）102 頁〔江平執筆〕、李開国『民法総則研究』（法律出版社、2003 年）134 頁ほかある。

監護人の職務内容および権限をさらに具体化すると、次の通りとなる。第1は被監護人を代理して法律行為をすること（総則21条1項・22条・34条1項、通則13条、通則意見10条）。監護人は行為無能力者または制限行為能力者の法定代理人である（総則23条、通則14条）であるから、当然であろう。行為無能力者の監護人は包括的代理権を有するという点では総則（21条1項）は通則（13条1項）と同様である。制限行為能力者の監護人については、通則（13条2項）と同様、民法総則は、法により本人が単独でできない法律行為について代理権と同意権を有するほか、追認権をも有するものと定め（総則22条）、中国契約法（47条1項）により契約についてのみ認められている追認権を法律行為全般について認めたのである。第2は被監護人の財産の管理・保護をすること（通則意見10条）。監護人は、被監護人の財産を管理する権限を有するが、被監護人の利益のためでなければ、その財産を処分してはならない（総則35条1項2文、通則18条1項）。第3は被監護人の合法的な権利利益が侵害を受けたとき、または他人との間で争いが生じたときに、被監護人を代理して訴訟活動を行うこと（通則意見10条）。民事訴訟法およびその司法解釈によれば、行為無能力者等の監護人がその訴訟における法定代理人である（民訴57条、民訴解釈83条1文）。第4は被監護人の健康維持を図ること（通則意見10条）。第5は被監護人の日常生活上の世話をすること（通則意見10条）。第6は被監護人の監督と教育をすること（通則意見10条）。

上記第5の「被監護人の日常生活上の世話をすること」には、事実行為としての世話も含まれるものと解されている³⁵。このことは民法総則においても変わらないと思われる。民法総則32条によれば、住民委員会等は、「監護の職務遂行に必要な条件が整っている」場合に限り、監護人となることができる（31条3項も参照）。ここいう「監護の職務遂行に必要な条件」とは何を指すものかは文面上明らかでないが、次に述べる立法者の話から推しはかると、「事実行為としての日常生活上の世話」をすることができるだけの人員や設備・施設が配置されていることを指すものではないか。民法総則の主な起草者の1人で、全人代代表（国会議員相当）でもある中国社会科学院の孫憲忠教授は、民政部門に一次的な公職監護人の役割を担わせるのは「例えば自立した生活能力を失った高齢者を保護するという面においては、現在住民委員会等組織が一定の役割を果たしているが、全体的にみるとその作用は依然として比較的小さい。将来を見据えると、政府の主導による養老院がさらに大きな力を発揮すべきだ」からであると述べている³⁶。養老院とは、入所を伴う高齢者福祉施設の1つである。民政部「老年人社会福利機構基本規範」2.6によれば、60歳以上の入所者（自立した生活ができる老人、介助を要する老人および介護を要する老人）に日常生活上の世話、娯楽、機能回復訓練、医療保健等のサービスを提供する施設をいう。

³⁵ 最高人民法院民法通則培訓班編輯組編『民法通則講座』（北京市文化局出版処、1986年、非公刊）103頁〔江平執筆〕、馬原主編『中国民法教程』（人民法院出版社、1989年）59頁参照。

³⁶ 「民法総則草案三審、哪些内容影響你我生活？」（新華社2016年12月19日）、中国人大網 http://www.npc.gov.cn/npc/cwhhy/12jcw/2016-12/20/content_2003991.htm（2017年8月25日アクセス）参照。

つまり、事実行為としての日常生活上の世話などでもできる養老院は、そのような機能を備えていない住民委員会等より監護人として適任であると考えられたのである。全人代による民法総則草案の審議中に全人代代表から出た、「住民委員会は大量の社区事務を抱えており、監護の専門的能力も限られている」という意見も同様の趣旨である³⁷。

被監護人が高齢者であり、監護人が被監護人と扶養関係にある近親者である場合には、老年者権益保障法の適用を受けることになる。それによれば、監護人は次のような義務を負う。①金銭的な援助、生活上の世話および精神的な安らぎを与える義務（同法 14 条）。②罹病した被監護人が速やかに治療および看護を受けられるようにする義務、および罹病した被監護人が経済的に困窮なときはその医療費を支払う義務（同法 15 条 1 項）。③被監護人が自立した生活能力を有しないときは、自らその世話をする義務（同法 15 条 2 項）。もっとも、この場合において、自らその世話をすることができないときは、本人の意思に従って他人または養老機関にその世話を依頼することができる。

4-2. 成年後見人に医療代諾権は認められているか。親族についてはどうか

民法通則は、被監護人の人格・身分上の権利の保護を監護人の職務内容の 1 つとしている（通則 18 条 1 項）が、民法総則も同様である（総則 34 条 1 項）。通則意見 10 条によれば、「被監護人の健康維持を図ること」がその内容の 1 つとされる。「被監護人の健康維持を図ること」とは何か。一般的には、健康診断を受けさせること、何か病気にかかったときに病院に連れて行って病院と医療契約を締結することなどが考えられる³⁸。

医的侵襲行為（注射、輸血や手術など）が必要となり、かつ、それに対する被監護人の意思を確認することができない場合に、監護人の同意だけでそれを行うことができるかどうかの問題となる。この問題について民法通則や民法総則は何も規定をしていないが、医療関係法令は監護人または親族の医療代諾権を広く認めている。例えば、医的侵襲行為（手術、特殊な検査または特殊な治療）については、その実施に対する患者の意思を確認することができないときは、医療機関は、その家族（「家属」）または関係者の同意と署名を得れば実施することができる（医療機構管理条例 33 条）。また、治療の臨床試験を実施するときは、病院の許可を得るとともに、患者本人またはその家族の同意を得ればすることができる（執業医師法 26 条 2 項）。

他方、近年、とりわけ 2000 年以降に制定された医療関係法令のほとんどが、家族に代えて医療代諾権の行使権者として監護人を定めている³⁹。たとえば、①監護人の同意があれば、受診者に対して美容治療を実施することができる（医療美容サービス管理弁法 20 条）。②精神障害患者に対して、身体の臓器の機能を喪失させる外科手術、および精神障害の治

³⁷ 「從家庭監護到社会監護，還要邁過哪些坎儿」（新華網 2017 年 3 月 9 日）、中国人大網 http://www.npc.gov.cn/npc/lfzt/rlyw/2017-03/10/content_2015152.htm（2017 年 8 月 6 日アクセス）参照。

³⁸ 老年者権益保障法 15 条 1 項参照。

³⁹ その立法趣旨は明らかではないが、医療代諾権の行使権者として、法律用語ではなく、範囲も明らかでない「家族」を、範囲が法律によって明確に定まる「監護人」に変えることは評価できよう。

療に関係する臨床試験を実施しようとするときは、患者またはその監護人に対して、当該医療行為の伴うリスク、代替治療案などについて説明した上で患者の書面による同意を得なければならないが、患者の意見を求めることができないときは、その監護人の書面による同意および当該医療機関の倫理委員会の許可を得て施術をすることができる（精神衛生法 43 条 1 項）。③母嬰（えい）保健法の定めるところに従って妊娠中絶手術または避妊手術を行う場合において、本人に行為能力がないときは、その監護人の書面による同意を得て施術をすることができる（母嬰保健法 19 条）。④治験を実施する場合において、治験者が行為無能力者であるときは、原則として倫理委員会の同意があり、かつ、当該治験に参加することが当該治験者自身の利益に合致すると研究者が認める場合に初めてその者を治験者とすることができ、その場合には、あらかじめ治験者の監護人の同意・署名を得、かつその日時を明記しなければならない（医薬品臨床試験品質管理規範 15 条 2 号、医療器械臨床試験品質管理規範 23 条 1 号）。⑤精神上的障害の疑いのある受診者が重大な精神障害患者であることが判明し、かつ、自傷する行為がありまたは自傷するおそれがあると認められるときは、医療機関は、その監護人の同意を得てその患者を入院治療させるべきである（精神衛生法 30 条 2 項 1 号、31 条 1 文前半）。

4-3. 医療代諾に関するリビングウィル制度はあるか。それは、うまく機能しているか。裁判所や医師は関与することになっているか

中国では、リビングウィル（「生前預嘱」）に関する法整備はまだなされていないが、民間ではその試みが行われている。2006 年、中国で初めて、尊厳死の推進を目的とするサイト（「選択与尊厳」）が開設された⁴⁰。2011 年 6 月、同サイト上、アメリカ法曹協会（American Bar Association）の Commission on Law and Aging および終末期医療の専門家の協力を得て作成され、アメリカの非営利団体 Aging with Dignity が提供する「5つの願い」をもとに作成されたリビングウィルの書式「私の5つの願い（「我的五个愿望」）」⁴¹が提供されるとともに、リビングウィル登録センター（「生前預嘱注册中心」）ページが開設され、一般市民の利用に供している。2年後の2013年6月25日、同サイトの運営組織をベースに、中国医学科学院北京協和医院、首都医科大学復興医院、中国医学論壇報社、北京市天元弁護士事務所等が発起人となり、「北京リビングウィル推進協会（「北京生前預嘱推广协会」）」が成立し、市民に尊厳死やリビングウィルに関する啓蒙活動を続けている⁴²。

同サイト公表のリビングウィル書式によれば、「私の5つの願い」とは、①私は、どの医療サービスを要するか、どの医療サービスを要しないか。②私は、生命維持治療を行うことを希望するか、生命維持治療を行わないことを希望するか。③私は、他の人が自分にどのように接してほしいか。④私は、私の家族や友人に何を知ってもらいたい。⑤私は、

⁴⁰ 選択与尊厳網 <http://www.xzyzy.com/Index.shtml>（2017年12月3日アクセス）参照。

⁴¹ 選択与尊厳網 <http://www.xzyzy.com/Pub/s/129/461.shtml>（2017年12月3日アクセス）参照。

⁴² 選択与尊厳網 <http://www.xzyzy.com/Index.shtml>（2017年12月3日アクセス）参照。

誰に私を支援してほしいか、となっている⁴³。本人は、第5の希望「私は、誰に私を支援してほしいか」において、自分自身が医療に関する決定をすることができないと主治医が判断し、かつ、他の医者1名も同様の意見を示した場合にのみ、自分に代わって医療に関する決定をする者を指名することができる⁴⁴。

4-4. 成年後見人の医療代諾権行使にあつて裁判所の関与（許可等）は必要か。その際、どのような基準が設けられているか

上記（4-2.）で述べた医療関係法令からは、医療代諾権の行使にあつて人民法院の関与を必要とする旨の定めは確認できていない。

4-5. 成年被後見人のプライバシー保護との関連。郵便物の管理など

成年被監護人のプライバシー保護に関連する規定は見当たらない。

なお、未成年者の手紙、日記、電子メールについては、当該未成年者が行為無能力者であるとき（8歳未満の未成年者は行為無能力者とされる。総則20条）は、その父母またはその他の監護人は、それを開封したり、調べたりすることができる（未成年者保護法39条2項後半）。

4-6. 成年被後見人の死亡直後の成年後見人の事務処理権限。葬式についてはどうか

成年被監護人に労働能力がなく、生計を立てるための収入源もない、かつ、法定扶養義務者がいないかまたは法定扶養義務者に扶養能力がない場合（特別困窮者または五保戸という）に該当するときは、死後の事務処理等は行政が行うことになっている（社会救助暫行弁法14条、15条、農村五保養護条例2条、6条）⁴⁵。それ以外に成年被後見人の死亡直後の成年後見人の事務処理権限に関連する規定は見当たらない。ただ、成年監護人のほとんどが成年被監護人の親族であるという現状（前述3-4. 参照）のもと、親族でもある成年監護人が成年被監護人の葬式を執り行うことについては特に問題はなからう。

5. 成年後見に関する制度の在り方

5-1. 成年後見における親族の位置づけ。後見人引き受け義務等があるか

中国現行成年監護法において、家族が成年監護人の引受義務を負うなど、その中心的役割を果たすことになっている。

中国は、伝統的には、「養兒防老」（＝子を育てるは老後に備えるため）といわれるように、老人を扶養・援助し、老人に精神的な安らぎを与えることが家族の福祉的機能として

⁴³ 選択与尊嚴網 <http://www.xzyzy.com/Pub/s/129/461.shtml>（2017年12月3日アクセス）参照。

⁴⁴ 百度文庫、<https://wenku.baidu.com/view/3410685949649b6649d7471a.html>（2017年12月3日アクセス）参照。

⁴⁵ 「五保」とは、食、衣、住、医および葬を保障することをいう。

重要視され、その考えは現在もなお根強く残っている。たとえば、民法通則施行前までの学説は、夫婦間の扶養義務を定める婚姻法 14 条（現 20 条）および親子間の扶養義務を定める同 15 条（現 21 条）の法意に照らして、行為無能力者の宣告を受ける者については、その配偶者、父母または子はその法定監護人となると解していた。民法通則はその考えに基づき、成年監護制度を構築している。すなわち、本人が行為無能力者等の宣告を受けると、本人の配偶者、父母、成人の子、その他の近親者が当然にその監護人となる（通則 17 条 1 項 1～4 号）。その順序は本人との親族関係の遠近により定められ、しかも、これらの者には監護人を引き受ける法定の義務があると解される。その考えは、老年者権益保障法においても確認することができる。同法においては、「老年者の老後生活は居宅を基本とし、家庭構成員は、老年者を尊重し、老年者に関心を寄せ、その世話をすべき」であり（13 条）、扶養義務者は高齢（60 歳以上）の親に対して、「金銭的な援助、生活上の世話および精神的な安らぎ」を与える義務を負い（14 条）、高齢の親と別居して生活する場合には「訪問義務またはご機嫌伺い義務」（18 条）を負うことが明文化された。

実際に、親族が成年監護人を引き受ける場合がほとんどである。上海市高級人民法院管内の区人民法院の行為無能力者等宣告事件（2016 年）に限っていえば、認容で終局した事件 730 件のうち、人民法院が監護人を指定し、かつ、本人との関係が明らかなものは 311 件である。そのうち、本人の近親者が監護人として指定されたのは 303 件で、全体の約 97.4%を占めており、本人の親族全体を含むと、309 件にのぼり、全体の約 99.4%をも占めている。本人の親族とりわけ近親者が成年監護の中心的な役割を担っていることが窺える。

2017 年 10 月 1 日に施行された民法総則もまた民法通則と同様、家族が成年監護において中心的役割を果たすべきという考えを維持している。まず、民法総則は、監護（未成年監護と成年監護を含む）における家族の責任を強調するため、その第 1 章第 2 節「監護」の冒頭に、「父母は、その未成年の子に対して扶養、教育及び保護をする義務を負う」（総則 26 条 1 項）、「成人の子は、その父母に対して扶養、扶助及び保護をする義務を負う」（同 2 項）旨の規定を置き、「家族監護（家庭監護）」が監護の基礎であることが示された。つぎに、行為無能力者または制限行為能力者については、本人の配偶者（総則 28 条 1 号）、父母・子（同 2 号）およびその他の近親者（同 3 号）は、その順序の順位に従って監護人となる旨を定め、民法通則とほぼ変わらない。他方、中国社会の少子高齢化が進むにつれ、家族が本来有すべきものとされる福祉的機能が低下しつつある現状の下、民法総則の立法者は、「家族監護を基礎とし、社会監護がそれを補完し、国家監護をセーフティネットとする」ことを改正成年監護法の基本理念として掲げ、家族監護の補完を図ろうとする姿勢も見られる。まず、監護人引受義務のない監護人候補者の範囲を、監護人を引き受ける意思があり、かつ、住民委員会等または民政部門の同意を得た、「密接な関係にあるその他の親族や友人」（通則 17 条 1 項 5 号）から、「その他の個人又は組織」（総則 28 条 4 号）にまで広げ、社会団体を監護人候補者とすることを認める。次に、適切な監護人候補者がいな

い場合に、民政部門（行政機関）を第一次的監護人とすることを定め（総則 32 条）、国家監護を成年監護のセーフティネットとして位置付けることを明確にした。

5-2. 弁護士、公証人等の後見人引き受け義務はあるか。オーストリア法のような基準はあるか

現行法上、弁護士や公証人等の監護人引き受け義務は確認できない。

5-3. 公的成年後見の位置づけ。関連行政の一般的位置づけ、行政による監護はあるか。ドイツの官庁後見のような制度はあるか

民法通則においては、同法 17 条 1 項または 2 項により監護人が定まらないときは、本人の勤務先、住民委員会等または民政部門が監護人を引き受けなければならないと定められている（同条 3 項）。民政部門は行政機関の 1 つであり、生活保護、社会福祉、社会団体の管理、婚姻・養子縁組の登記など市民の生活と直接なかかわりをもつ業務を担当する。そして、本人の勤務先と住民委員会等もまた「準公権力」とみなされたため、本人の勤務先および住民委員会等が監護人となる場合と民政部門が監護人となる場合は合わせて「公職監護人」と呼ばれることがある。しかし、実際はほとんど機能していなかったようである。上海市高级人民法院管内の区人民法院の行為無能力者等宣告事件（2016 年）中、本人の勤務先および住民委員会が監護人に指定されたケースはそれぞれ 1 件しかなかった。また、最高人民法院が最高人民検察院、公安部および民政部と合同で公布した「法により監護人による未成年者権益の侵害行為に関する若干問題の処理についての意見（法発〔2014〕24 号）」（以下、「法発〔2014〕24 号意見」という）36 条 3 項は、未成年者監護人が解任された場合において、ほかに適切な監護人候補者がいないときは、人民法院は民政部門を監護人に指定しなければならないことを定めた。その直後の同年 2 月に、民政部門が監護人（未成年者の父母）の解任を請求する初めての事例があり、当該事例において、民政局が人民法院に当該未成年者の監護人として指定され、社会的に大きな反響を呼んだ⁴⁶。

民法総則は、「家庭監護を基礎とし、社会監護がそれを補完し、国家監護をセーフティネットとする」ことを成年監護法の基本理念として掲げている。それに基づき、監護人となる適切な候補者がいない場合に、民政部門（行政機関）が第一次的監護人となることを定め（総則 32 条）、国すなわち行政による監護を成年監護のセーフティネットとして位置付

⁴⁶ 「父親強姦親生女兒 母親 8 年音訊全無 全国首例父母双双被撤销女兒監護權案件判決：民政局担任監護人」（2015 年 2 月 4 日、法制網）、民政部網
<http://www.mca.gov.cn/article/mxht/mtgz/201502/20150200769135.shtml>、「全国首例父母被撤销監護權案宣判 民政局担任監護人」（2015 年 2 月 5 日）、人民網
<http://news.0898.net/n/2015/0205/c234377-23804547.html>、「全国首例民政部門申請撤销監護人資格案宣判」（人民法院報 2016 年 2 月 6 日）、人民法院報網
http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2015-02/06/content_93668.htm?div=-1、「民法総則草案三審、哪些内容影響你我生活？」（新華社 2016 年 12 月 19 日）、中國人大網
http://www.npc.gov.cn/npc/cwhhy/12jcw/2016-12/20/content_2003991.htm（2017 年 8 月 25 日アクセス）参照。

けることが明らかにされた⁴⁷。今後、民政部門が公的監護の機関としてどのようにセーフティネットの役割を果たしていくかが注目されよう。

5-4. (公的ないし公共的な) 成年後見センターが設置されているか

まだ確認されていない。民法総則において、民政部門が公的監護の機関として定められているが、その役割をどのような形で果たしていくかは今後の課題となる。

5-5. 他害の危険性を含む精神障害者の監護について、特別な配慮がなされているか。措置入院や医療保護入院の場合における成年後見人の役割 (同意、任務等)

2012年10月26日、中国初めての精神衛生法が制定され、翌年5月1日に施行された。同法は、精神疾患の診断は本人の精神的健康状態に基づき行うべきものと定める(同法27条1項)とともに、精神疾患の有無についての受診(同法27条1項)、治療のための入院(同法30条1項)や退院(同法44条1項)は原則として本人の意思によるべきことを定めている。他方、精神疾患の疑いのある者に自傷もしくは自傷するおそれがあるとき、または他人の安全を害しもしくは他人の安全を害するおそれがあるときは、その近親者、勤務先または現地の警察機関は直ちにそれを阻止する措置をとるとともに、その者を医療機関に連れていき、精神疾患の有無について受診させなければならない(同法28条2項)。診断の結果および精神症状の評価により、当該受診者が重度の精神障害者であることが判明し、かつ、自傷もしくは自傷するおそれがあるとき、または他人の安全を害しもしくは他人の安全を害するおそれがあると認められるときは、その者に対して入院治療を行うべきである(同法30条2項)。

精神障害患者の監護人は、監護の職務を遂行し、精神障害患者の合法的な権利利益を擁護しなければならない(同法9条1項)。精神障害患者の入退院において、監護人は、次に掲げる権限を有し、義務を負う。

(A) 自傷しまたは自傷するおそれがある患者の入退院について

(a) 医療機関は、精神障害患者の監護人の同意を得た場合でなければ、当該患者を入院治療させることができない(同法31条1文)。入院治療となった場合において、患者本人が入院手続きをすることができないときは、監護人はその入院手続きをする(同法36条1項前半)。

(b) 医療機関により入院治療が必要とされるにもかかわらず、監護人がそれに同意しないときは、監護人は、在宅の患者を看護する義務を負い(同法31条2文)、医師の指示に従い、用法通りに服薬し、訪問指導を受け入れまたは治療を行うよう促さなければならない

⁴⁷ 民法総則第1草案(31条)および第2草案(31条)は民法通則と同様に、セーフティネットとしての監護人を「被監護人の住所地にある住民委員会等又は民政部門」としていたが、一部の地域とりわけ中西部の経済未発達な地域にある住民委員会等の実情を考慮すべきだとして、第3草案(31条)において総則32条のように改められた。国がセーフティネットの役割を果たすべきであるという立法者の意志が明確に示されたと言えよう。

ない（同法 49 条 1 文）。その場合に、患者またはその監護人の要望があれば、村民委員会、住民委員会または患者の勤務先等は監護人による患者の看護に協力しなければならない（同法 49 条 2 文）。

(c) 監護人は、いつでも患者を退院させることができる（同法 44 条 2 項）。医療機関は、患者の病状に応じて、速やかに精神科専門医をして当該患者に対して検査・評価させなければならない。評価の結果、当該患者が入院治療を必要としないと認められるときは、医療機関はその旨を患者およびその監護人に通知しなければならない（同法 44 条 5 項）。

(d) 入院患者が退院する場合において、患者本人が退院手続きをすることができないときは、監護人がその退院手続きをする（同法 45 条）。

(B) 他人の安全を害しまたは他人の安全を害するおそれがある患者の入退院について

(a) 患者またはその監護人は、入院治療を必要とする診断結果に対して異議があり、当該患者に対して入院治療を行うことに同意しないときは、再診および再鑑定を求めることができる（同法 32 条 1 項）。再診の結果または再鑑定の報告により、当該精神障害患者に他害行為もしくは他人の安全を害するおそれがあると認められるときは、その監護人は、当該患者に対して入院治療を行うことに同意しなければならない（同法 35 条 2 項 1 文）。監護人が入院治療を行うことを妨げまたは患者が無断で入院治療から離脱したときは、医療機関は、警察機関の協力の下、当該患者に対して入院治療を行うことができる（同法 35 条 2 項 2 文）。この場合において、その監護人が入院手続きをすることを拒絶するときは、その入院手続きは本人の勤務先、村民委員会または住民委員会がする（同法 36 条 2 項）。

(b) 医療機関は、入院患者が退院できると認めるときは、直ちにその旨を当該患者またはその監護人に通知しなければならない（同法 44 条 4 項）。

(c) 入院患者が退院する場合において、患者本人が退院手続きをすることができないときは、監護人がその退院手続きをする（同法 45 条）。

(C) 監護人の知る権利

医療機関および医療関係者は、診断および治療の過程において精神障害者が有する権利（同法 37 条）、治療方針および治療方法、目的ならびに発生しうる結果（同法 39 条）を本人またはその監護人に告知しなければならない。医療機関が患者に対して身体的拘束や隔離などの保護的な医療処置を実施したときは、その旨をその監護人に知らせなければならない（同法 40 条 1 項）。

6. 後見制度の利用に際しての裁判所の関与の仕方について

6-1. 広義の成年後見に関する福祉行政との任務分担について

明らかではない。

6-2. どのような裁判所が手続きを担当しているか。家族裁判所、簡易裁判所等。1 裁判所が管轄する地域の人口は

中国の人民法院（裁判所）は、最高人民法院、地方人民法院（高級人民法院、中級人民

法院、基層人民法院) および専門人民法院から構成される(人民法院組織法 2 条)。行為無能力者等宣告事件は、通常司法事件の第 1 審人民法院としての役割を担うとされる基層人民法院が担当する(民事訴訟法 187 条)。

1 人民法院が管轄する地域の人口には大きな開きが見られる。たとえば、上海市高級人民法院管内の基層人民法院(区人民法院)中、静安区人民法院が管轄する地域の常住人口数(2016 年末)は 246,788 人であるのに対して、浦東新区人民法院はその約 20 倍強に当たる 5,044,430 人である⁴⁸。全体的には、各基層人民法院の法官数が明らかにされていないので、人口 10 万あたりの法官数を正確に算出することは困難であるが、個別的に確認できるところもある。たとえば、松江区法院では 7 人であるのに対して、崇明区法院では 14 人である⁴⁹。

6-3. 裁判所の手続利用の前に何らかの前置手続きがあるか。オーストリアのクリアリングのような

特になし。

6-4. 上記の成年後見センターが設置されている場合において、裁判所との連携はどうなっているか

特になし。

7. 任意後見制度の採用の有無

7-1. 民法上の「後見のための委任契約」との関連

2012 年改正の老年者權益保障法では、60 歳以上の高齢者を対象に任意監護(「意定監護」)制度が初めて導入され、しかも法定監護および指定監護よりも任意監護を優先させた(同法 26 条)。民法総則はそれをさらに成年者一般に広げた(総則 33 条)。すなわち、「完全な民事行為能力を具備する成年者は、その近親者又はその他監護人を引き受ける意思のある個人および組織と事前協議をして、書面により、自己の監護人を定めることができる。協議により定められた監護人は、当該成年者が民事行為能力を喪失し又はその一部を喪失したときは、その監護の職務を遂行する」。「自己決定の尊重」という視点からは、任意監護制度を新設する民法総則は高く評価できよう。しかし、その内容は不十分で、問題の多い規定である。第一に、任意監護契約は単なる書面によりその効力を生ずることになっているが、本人が任意監護契約締結時に当該契約の内容を理解するだけの判断能力を有するかどうかを第三者の立場から判断する必要があるから、公正証書によらなければならない

⁴⁸ 人口数については、排行榜 <https://www.phb123.com/city/renkou/9116.html> (2017 年 12 月 29 日アクセス) 参照。

⁴⁹ 松江区法院および崇明区法院の法官数については、上海市高級人民法院網 <http://www.hshfy.sh.cn/shfy/gweb2016/index.html?COLLCC=730417494&> (2017 年 12 月 29 日アクセス) 参照。

とすべきであろう（任意後見契約に関する法律（平成 11 年 12 月 8 日法律第 150 号）3 条参照）。実務では、公正証書によるものが行われているようである⁵⁰。第二に、人民法院に本人を行為無能力者等と認めるよう申し立てることができるのは誰か、任意監護契約の相手方が申立権者に含まれるかが不明である。第三に、法定監護・指定監護と同様、監護監督人の設置に関する規定がない。任意監護開始後、判断能力の一部または全部を喪失した本人は自分に代わって任意監護人を監督する者がいない状況に置かれ、その利益が任意監護人に侵害されるおそれがある。

7-2. 任意後見に関する特別法が制定されているか

特になし。

7-3. 同契約において、葬式などについての取り決めがなされているか

任意監護契約の内容については、法律上特に定めがない。2016 年 10 月に上海市のとある公証役場（「公証処」）において、70 代の高齢者男性は、5 人子どもの中の 1 人との間で、公正証書によって任意監護契約（「意定監護協議」）を締結した。当該契約において、受任者である子は、委任者である父の生活上の世話、医療、財産管理、葬式等死後の事務処理についての取り決めがなされている⁵¹。

なお、扶養や葬式など死後の事務処理については、扶養義務付き死因贈与契約（「遺贈扶養協議」）においても取り決めることができる（相続法 31 条、老年人權益保護法 36 条）。

7-4. 日本の福祉サービス利用援助事業のような法定代理権を伴わないサービスがあるか

確認できない。

8. その他、成年後見に関して、当該国に独特な制度はあるか

8-1. 成年監護における住民委員会および村民委員会の役割

中国では、住民委員会および村民委員会が成年監護に関して重要な役割を担っている。

住民委員会と村民委員会はそれぞれ都市部と農村部に設置される住民自治組織である（居民委員会組織法 1 条・2 条 1 項、村民委員会組織法 1 条・2 条）⁵²。2016 年末現在、住民委員会は 10.3 万か所、村民委員会は 55.9 万か所それぞれ設置されている⁵³。住民委

⁵⁰ 「公証指導性案例 1 号：老年人意定監護協議公証」（2017 年 12 月 25 日）、萊蕪市司法局網 http://sfj.laiwu.gov.cn/art/2017/12/25/art_7010_197479.html（2017 年 12 月 30 日アクセス）参照。

⁵¹ 「公証指導性案例 1 号：老年人意定監護協議公証」（2017 年 12 月 25 日）参照。

⁵² 最初の住民委員会は 1949 年 10 月 23 日に浙江省杭州市で成立した。これについて、『「城市居民委員会組織法」修訂工作正式啓動」（2011 年 6 月 30 日）、民政部網 <http://www.mca.gov.cn/article/zwgk/mzyw/201106/20110600164199.shtml>（2017 年 8 月 14 日アクセス）参照。

⁵³ これについて、「2016 年社会服務發展統計公報」（2017 年 8 月 3 日）、民政部網 <http://www.mca.gov.cn/article/sj/tjgb/201708/20170800005382.shtml>（2017 年 8 月 14 日アクセス）

員会等は、法的に住民または村民の自治団体に過ぎないものの、実質的には行政機能の重要な一端を担っており、今もなお「準公権力」とみなされている⁵⁴。例えば、住民委員会の運営資金は政府の予算措置によるものであり（居民委員会組織法 17 条 1 項）⁵⁵、政府の指導を受け、その業務に協力する義務を負い（居民委員会組織法 2 条 2 項、村民委員会組織法 5 条）、その協力すべき業務は広範囲にわたっている（居民委員会組織法 3 条参照）⁵⁶。また、居民委員会組織法 8 条 1 項によれば、住民委員会の委員は当該委員の居住地区の住民から選挙で選ばれることになっているが、そのほとんどがそれを指導する立場にある行政機関から派遣されているのが実態のようである⁵⁷。

住民委員会等は成年監護において次の役割を果たすものとされている。①近親者以外の親族その他の個人または社会団体が監護人を引き受ける意思があるときは、住民委員会等または民政部门の同意を得なければならない（総則 28 条 4 号）⁵⁸。②本人が行為無能力者等認定（通則では「宣告」）を受けると、まず本人の近親者が法律上当然に監護人になる（総則 28 条 1～4 号。通則 17 条 1 項 1～5 号参照）。監護人が法律の規定によって決まらないとき——たとえば先順位の監護人候補者が監護人への就任を拒否するときや、同順位の監護人候補者が数人ある場合に監護人を決めるための協議が不調に終わったとき——に、住民委員会等または民政部门監護人を指定するものとされる（総則 31 条 1 項。通則 17 条 2 項参照）。もっとも、関係当事者は、その選択に従い、住民委員会等もしくは民政部门または人民法院に監護人の指定を申し立てることができる（総則 31 条 1 項）⁵⁹。③監護人候補者がいないときは、民政部门が監護人となるが、監護の職務遂行に必要な条件が整っている住民委員会等が監護人となることができる（総則 32 条）⁶⁰。

参照。

⁵⁴ 近年、「社区住民委員会の行政化」問題がしばしば指摘される。これについて、「代表建議修改居委会組織法 民政部已經形成修訂草案稿」（法制日報 2015 年 2 月 12 日）、中国人大網

http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/dbgz/2015-02/12/content_1899751.htm、「全国人大代表劉衛國：實行 27 年的居委会組織法該改改了」（2016 年 3 月 3 日）、經濟參考網

http://jjckb.xinhuanet.com/2016-03/03/c_135153020.htm（2017 年 8 月 14 日アクセス）参照。

2014 年 3 月に開催された第 12 期全人代第 2 回會議に、住民委員会組織法改正案が全人代代表から提出されたが、改正法は未だに成立していない。

⁵⁵ 民政部「關於加強和改進城市社区居民委员会建設工作的意見」（2010 年 11 月 10 日）、民政部網

<http://www.mca.gov.cn/article/yw/jczqhsqjs/fgwj/201507/20150700851865.shtml>（2017 年 8 月 25 日アクセス）参照。

⁵⁶ 民政部「關於加強和改進城市社区居民委员会建設工作的意見」（2010 年 11 月 10 日）、民政部網

<http://www.mca.gov.cn/article/yw/jczqhsqjs/fgwj/201507/20150700851865.shtml>（2017 年 8 月 25 日アクセス）参照。

⁵⁷ 「袁紅梅代表 建議修改城市居民委员会組織法」（2016 年 3 月 10 日、新華社）、中国法院網

<http://www.chinacourt.org/article/detail/2016/03/id/1819480.shtml>（2017 年 8 月 14 日アクセス）参照。

⁵⁸ 通則では、本人の勤務先または住民委員会等が同意権者となっていた（17 条 1 項 5 号）。

⁵⁹ 通則では、本人の勤務先または住民委員会などが第 1 次指定権者とされている（17 条 2 項）。通則意見はさらに、本人の勤務先または住民委員会等の指定を受けずに直接に人民法院に監護人指定の訴えを提起しても受理されないと定めた（16 条 2 文）。ただし、裁判実務では、人民法院が行為無能力者等宣告をすると同時に、本人の勤務先または住民委員会等の指定を経ずに直ちに監護人を指定する事例も現れている。「肖某申請宣告陳某無民事行為能力案」国家法官学院・中国人民大学法学院編『中国審判案例要覽（2001 年民事案例卷）』（中国人民大学出版社、2002 年）535 頁参照。

⁶⁰ 通則では、住民委員会等は監護人引受義務を負うとされた（17 条 3 条）。上海市高級人民法院管内の

8-2. 高齢者・障害者施策の拠点とされる社区

中国では、伝統的には、「養児防老」（＝子を育てるは老後に備えるため）とされているように、老人を扶養・援助し、老人に精神的な安らぎを与えることが家族の福祉的機能として重要視されている。しかし、少子高齢化が進むにつれ、この機能が失われつつある⁶¹。国家衛生・計划生育委員会の『中国家庭発展報告（2015年）』によれば、「空巢老人」と呼ばれる老人だけの世帯で暮らす老人（60歳以上）の数は、老人総数の半分以上（約51.9%）を占めている⁶²。そこで、中国政府は、2011年9月に公表した「中国老齡事業發展“十二五”計划」⁶³において、「居宅を基礎とし、社区⁶⁴を拠り所とし、機構（＝施設）を支えとする」養老サービス体制の構築を目標として掲げ、これにより、「居宅養老（＝自宅で老後を送ること）」を高齡者福祉政策の今後の方向性として打ち出された。この方向性は2012年の老年者權益保障法改正（5条2項）においても確認された⁶⁵。「中国老齡事業發展“十三五”計划」⁶⁶は、「居宅を基礎とし、社区を拠り所とし、機構を補充とし、医療と養護を統

区人民法院2016年行為無能力者等宣告事件において、住民委員会が監護人に指定された事例はわずか1件に過ぎなかった。

⁶¹ 翟振武=陳佳鞠「充分認識我国人口老齡化的規律和特徵」（人民日報2017年8月20日7面）、人民網 <http://paper.people.com.cn/rmrb/page/2017-08/20/07/rmrb2017082007.pdf>（2017年8月20日アクセス）参照。なお、2016年の高齢化率は10.8%に達している。これについては、「2016年社会服務發展統計公報」（2017年8月3日）、民政部網 <http://www.mca.gov.cn/article/sj/tjgb/201708/20170800005382.shtml>（2018年1月2日アクセス）参照。

⁶² これについて、「2015年家庭發展報告：空巢老人占老年人總数一半」（2015年5月13日、北京晚報）、人民網 <http://politics.people.com.cn/n/2015/0513/c70731-26995290.html>（2017年8月15日アクセス）参照。

⁶³ 国務院「中国老齡事業發展“十二五”規划」（2011年9月23日）、中国政府網 http://www.gov.cn/zwgc/2011-09/23/content_1954782.htm（2017年8月11日アクセス）参照。民政部「老年人社会福利機構基本規范」（2001年3月1日施行）には、次の高齢者福祉施設が定められている。老年社会福利院（Social Welfare Institution for the aged）、養老院または老人院（Homes for the aged）、老年公寓（Hostels for the elderly）、護老院（Homes for the device-aided elderly）、護養院（Nursing homes）、敬老院（Homes for the elderly in the rural areas）、託老所（Nursery for the elderly）、老年人服務中心（Center of Service for the elderly）。なお、当該規范の内容は、「中華人民共和國行業標準——老年人社会福利機構基本規范」（2008年7月18日、民政部網）、中国社会福利網 <http://shfl.mca.gov.cn/article/zcfg/zcfga/200807/20080700018535.shtml>（2017年8月15日アクセス）から確認することができる。

⁶⁴ 「社区」は英語のCommunityの中国語訳である。さまざまな意味で使用されているが、本稿にいう社区は、地縁団体、すなわち「一定の地域範囲内に集中的に居住する人々からなる社会生活共同体」（民政部「關於在全国推進城市社区建設的意見（2000年11月3日）」（2015年5月19日）、南京民政網 http://www.njmz.gov.cn/mzj/33712/201111/t20111103_1922768.shtml（2017年8月29日アクセス）参照）をいう。なお、2015年末現在、全国都市部の社区は10万箇所に達しているとされる。これについて、「城鄉社区服務体系建設規划（2016—2020年）」（2016年11月28日）、民政部網 <http://www.mca.gov.cn/article/yw/shgzyzyfw/fgwj/201611/20161100002519.shtml>、「民政部就《城鄉社区服務体系建設規划（2016—2020年）》的主要内容和相關工作措施等答問」、中国政府網 http://www.gov.cn/xinwen/2016-11/14/content_5132242.htm（2018年1月2日アクセス）参照。

⁶⁵ 張学忠「關於『中華人民共和國老年人權益保障法（修訂草案）』的說明（2012年6月26日）」（2015年12月28日）、中国人大網 http://www.npc.gov.cn/npc/zfjc/zfjcelys/2015-12/28/content_1957520.htm（2017年8月19日アクセス）参照。

⁶⁶ 国務院「“十三五”国家老齡事業發展和養老体系建設規划」（2017年3月6日）、中国政府網 http://www.gov.cn/zhengce/content/2017-03/06/content_5173930.htm（2017年8月11日アクセス）参照。

合させる」養老サービス体制のさらなる健全化を目標として掲げ、上記方向性の補強を行った。2017年10月1日施行の民法総則もまた上記高齢者福祉政策の方向性に合わせて、「家庭監護を基礎とし、社会監護がそれを補完し、国家監護をセーフティネットとする」ことを成年監護法の基本理念として掲げ⁶⁷、これに基づき監護制度の改善を図った。

他方、社区は精神障害者の社会復帰を促進する中心的な役割をも担うこととされている。民政部・財政部・衛生計生委・中国残聯が共同で出した通達「社区における精神障害リハビリテーションサービスの発展に関する意見」は、社区における精神障害リハビリテーションサービス提供の重要性について、次のように述べている。「社区における精神障害リハビリテーションサービスは、精神障害患者がその生活自立能力および社会適応能力を回復し、最終的には疾病を乗り越え、社会復帰を果たす重要なルートであり、複数の学科および専門が融合し発展してできた社会的サービスである」。政府の主導および社会的関与の下、「2025年までに、80%以上の県（市、区）が社区における精神障害リハビリテーションサービスを広範に展開すること、社区における精神障害リハビリテーションを展開する県（市、区）において、60%以上の在宅患者が社区におけるリハビリテーションサービスを受け、患者の病状再発率や後遺障害の発生率が著しく低下し、自立生活率や就職率が絶えずに向上すること」が目標として掲げられている⁶⁸。

今後、社区を中心に、在宅の高齢者や障害者を対象とする様々なサービスが展開されることが予想されうる。

[文献] 中国・民法総則の制定との関連については、「中国における成年監護（後見）法の現状と問題点——民法総則の制定と関連して」季刊・比較後見法制6号（3-60頁）が詳しい。

以 上

⁶⁷ 李建国「關於『中華人民共和國民法總則（草案）』的說明——2017年3月8日在第十二屆全國人民代表大會第五次會議上」（2017年3月15日）、中國人大網 http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2017-03/09/content_2013899.htm（2017年5月3日アクセス）参照。

⁶⁸ 「關於加快精神障礙社區康復服務發展的意見（民發〔2017〕167號）」（2017年10月26日）、民政部網 <http://www.mca.gov.cn/article/yw/shflhcissy/fgwj/201711/20171100006658.shtml>（2018年1月2日アクセス）参照。

第9章 韓国

仁荷大學校 法學専門大學院 教授
朴 仁煥

1. 国連の障害者権利条約への対応

1-1. 同条約の批准の有無、その批准に当たっての「留保条項」はあるか。その内容は

韓国は、2007年3月30日 障害者権利条約に署名し、2008年12月11日批准した。但し、選択議定書には署名していない。選択議定書は、この条約で定めた権利を侵害された個人が直接国連障害者権利委員会（Committee on The Rights of Persons with Disabilities）に通告し、条約上の障害者の権利が侵害されたと認定された場合、特別委員会が締約国の協力のもと調査することができる規定が含まれている。

1-2. 同条約第12条の legal capacity について、独特の（条約の）条文解釈がなされているか。特に、権利能力・行為能力の平等の保障について

条約の履行に関する最初の国家報告書の第12条に関する記述では、新しい成年後見制度の導入について、障害者の法の前の平等を促進する措置の一つとして言及しているが、法的能力の享有に関する具体的な記述はない。韓国の成年後見専門家たちは、条約第12条の法的能力には権利能力のみならず、行為能力も当然含まれているという解釈を共有している。しかし、一般の法律家たちの中では、行為能力を制限しないと、本人保護に空白が生じるのではないかという懸念が根強く残っている。

1-3. 同条約における障害者への「支援」はどのように理解されているか。特に、判断能力が極めて不十分な人について。また、同条約を前提とした「支援」に関連する新しい特別法はあるか

韓国で意思決定能力に障害がある人に対する意思決定の「支援」というのは今までなかった新しい観念であるため、その解釈について独自の解釈は行われていない。そこで、「支援」の解釈については、条約第12条に対する一般評釈第1号の見解を重視している。一般評釈第1号の見解に基づいて意思決定支援方法について理論的かつ制度的模索が試みられているが、学界で一般的に共有されている解釈はない。

ここで、条約第12条とそれに対する一般評釈第1号での見解を紹介しておく。条約第12条第3項では、障害のある人がその法的能力の行使に当たり必要とする支援にアクセスすることができるようにする義務を締約国が有すると認めている（General Comment I, para 16）。この義務は、法の前における平等な承認に向けた市民的及び政治的権利の実現に必要な締約国の義務であり、漸進的実現に関する第

4条第2項は、第12条には適用されない。したがって、締約国は、条約の批准とともに即時で第12条にある権利の実現に向けた措置を取り始めなければならない。

(CRPD General Comment I、para 30 参照)。条約第5条に基づく法的能力の行使において合理的配慮を受ける権利は、法的能力の行使において支援を受ける権利とは別であり、これを補完するものである。したがって、法的能力の行使において支援を受ける権利は、不釣り合いな又は過重な負担の主張によって制限されてはならない。国は、法的能力の行使における支援へのアクセスを提供する、明白な義務を有する(CRPD General Comment I、para 34 参照)。

一般評釈では、意思決定支援の形態について次のように言及している。法的能力の行使における支援では、障害のある人の権利、意思及び選好を尊重し、決して代理人による意思決定を行うことになってはならない。たとえば、障害のある人は、1人又はそれ以上の信頼のおける支援者を選び、特定の種類の意思決定にかかわる法的能力の行使を援助してもらうことや、ピアサポート、(当事者活動の支援を含む)権利擁護、あるいはコミュニケーション支援など、その他の形態の支援を求めることができる。障害のある人の法的能力の行使における支援には、例えば、銀行及び金融機関などの官民のアクターに対し、障害のある人が銀行口座の開設や、契約の締結、あるいはその他の社会的取引の実行に必要な法的行為を遂行できるように、理解しやすいフォーマットでの提供や専門の手話通訳者の提供を義務付けるなど、ユニバーサルデザインとアクセシビリティに関する措置も含まれる場合がある。また、特に意思と選考を表明するために非言語型コミュニケーション形式を使用している者にとっては、従来にない多様なコミュニケーション方法の開発と承認も支援となり得る。障害のある多くの人にとって、事前計画(advance planning)が可能であるということは、支援の重要な一形態であり、これにより自らの意思と選好を示すことができ、他者に希望を伝えられない状況にある場合は、これに従ってもらうことになる。障害のあるすべての人には、事前計画に参加する権利があり、他の者との平等を基礎として、その機会が与えられなければならない(General Comment I、para 17)。

しかし、意識不明など極端なケースでも意思決定支援というのが可能かという疑問がある。いくら「支援」を行っても本人による意思決定が期待できない極端なケースは必ずあるはずである。

この特別な状況に対して、一般評釈第1号は、条約第12条第4項と関連して次のように述べている。著しい努力がなされた後も、個人の意思と選好を決定することが実行可能ではない場合、「意思と選好の最善の解釈」が「最善の利益」の決定に取ってかわらなければならない。これにより、第12条第4項に従い、個人の権利、意思及び選好が尊重される。「最善の利益」の原則は、成人に関しては、第12条に基づく保護措置ではない。障害のある人による、他の者との平等を基礎とした法的能力の権利の享有を確保するには、「意思と選好」のパラダイムが「最善の利益」のパラダイ

ムに取ってかわらなければならない(General Comment I、para 21)。

したがって、最後の支援としての意思決定代行においてその決定の根拠は、本人の最善の利益に対する後見人などの判断ではなく、本人の意思や選好に対する最善の解釈に求めなければならない。

韓国の成年後見専門家の中では、実際に実行可能なあらゆる支援を行ったにもかかわらず、本人の意思決定ができない場合には、最後の支援 (last resort) として後見人など他人による意思決定代行は不可避であると理解されている。なお、その際の意思決定代行は、障害者権利委員会の明示的な否定にもかかわらず、条約の違反にはならないと考えている。同委員会が条約の解釈を独占するものではないし、委員会が言う「最善の解釈」も他人による権利行使の場面を想定しているからである。しかし、どのぐらいの支援を尽くしてはじめて意思決定代行が正当化されるかなど実際に適用できる基準を提示することができるのかなど難しい課題が多い。

韓国は、2008年、障害者の権利条約の批准のために立法上の準備作業の一環として、2007年に「障害者差別禁止及び権利救済に関する法律」を制定し、2008年から施行した。この法律は、すべての生活領域において障害を理由にした差別を禁止し、障害を理由に差別を受けた人の権益を効果的に救済することにより、障害者の完全な社会参加と平等権の実現を通じて人間としての尊厳と価値を実現することを目的とする(同法第1条)。同法第4条第1項第3号は、「正当な便宜の提供 (reasonable accommodation)」を拒絶することを差別行為として規定している。同法第7条第1項では、「障害者は、自分の生活全般についての自分の意思に基づいて、自ら選択して決定する権利を有する。」と宣言している。このような同法の規定の趣旨と立法目的に照らしてみればどのようなタイプの障害者でも、自分の生活全般について自分の意思に基づいて自ら選択して決定する権利があり、意思決定能力上の障害によりそのような権利の行使とそれに基づく完全な社会参加が制約されている場合は、意思決定においても当然「障害者が非障害者と同等に同じ活動に参加」できるように「正当な便宜」の提供が必要である。

なお、韓国では2016年12月「発達障害者の権利保障と支援に関する法律」が制定され2017年6月から施行されている。同法は、「発達障害者の意思を最大限に尊重し、彼らの生涯周期に応じた特性と福祉ニーズに適した支援と権利擁護などが体系的かつ効果的に提供されるように、必要な事項を規定することにより、発達障害者の社会参加の促進、権利の保護、人間らしい生活を営むために寄与することを目的とする。同法によると、発達障害者は、原則として自分の身体と財産に関する事項について自ら判断し決定する権利を有する(同法第3条第1項)。のみならず、自分に法律のもしくは事実に影響を与える事項について自分が理解し自分の自由な意思を表現できるように必要な支援を受ける権利がある(第2項)。特に発達障害者は、住居の決

定、医療行為についての同意や拒否、他人との交流、福祉サービスの利用状況とサービスの種類の選択などを自ら決定する。(同法第8条第1項)、誰でも発達障害者に意思決定が必要な事項に関連して十分な情報と意思決定に必要な支援を提供するまでには彼の意思決定能力を判断してはならない(第2項)。もし第1項、第2項にもかかわらず、自らの意思を決定する能力が十分でないとは判断すべき相当な理由がある場合には、保護者が発達障害者の意思決定を支援することができる。この場合、保護者は発達障害当事者に最善の利益になるようにしなければならない(第3項)。同法は、発達障害者の自己決定に関する権利(法的能力)の認定、意思決定に必要な支援を受ける権利、意思決定能力の推定、保護者による意思決定の支援と意思決定支援における最善の利益の原則などを提示している。なお、第9条においては、日常生活の中で意思を決定する能力が十分でないか又は非常に不足して意思決定の代理または支援が必要であると見るべき相当な理由がある場合、発達障害の権利を適切に代弁してくれる家族がいない場合、別の措置がなければ権利侵害の危険性が相当である場合を上げ、地方自治体長の成年後見請求と国家と自治体の後見費用の支援について規定している。「発達障害者の権利保障と支援に関する法律」に定められている意思決定支援の原則と基準は、「障害者差別禁止及び権利救済に関する法律」では明確には規定されていなかった意思決定能力上の障害を克服するための「正当な便宜の提供」を具体化したものとして理解することができる。そして、このような意思決定支援の原則と基準が専ら発達障害者にのみ妥当するものとはいえない。本規定の原則の基準を、発達障害者以外のすべての意思決定能力障害者にも提供するため更なる立法措置が必要であるとされている。

1-4. 民法上の後見人等の法定代理制度は、同条約における本人意思の尊重との関連で、どのように位置づけられているか

韓国民法第947条では、「成年後見人は被後見人の財産管理と、身上保護をする時に、あらゆる事情を考慮し、彼の福利に合致する方法で事務を処理しなければならない。この場合、成年後見人は被後見人の福利に反しない限り、被後見人の意思を尊重しなければならない」と規定している。なお、第947条の2第1項では、「被後見人は自己の身上に関して彼の状態が許す範囲内で単独で決定する」と規定している一方、第3項では、「被後見人の身体を侵害する医療行為に対して被後見人が同意できない場合には成年後見人が彼に代わって同意することができる」と規定している。

第947条の第2文は、本人の意思と福利を対置させ本人の意思に対し、福利を優先する旨を規定している。が、条約や自己決定尊重という観点からは、再解釈される必要がある。すなわち、福利というものも必ずしも、本人の意思とは無関係な、もっぱら客観的な観点から把握すべきではない。すなわち、本人の福利というものも、本人の意思と対立したものではなく主観的な視点から本人の意思も考慮に入れた主観的福

利観念で把握すべきである。しかし、このように新しい解釈に基づいても福利が本人の意思に優先され本人の意思（自然的意思）が制限を受ける可能性は残っている。なお、第 947 条の 2 第 1 項と第 3 項によれば、身上に関する意思決定は、家庭法院によって後見人に身上に関する決定権が授与されていても被後見人が自ら決定できる状態にあれば、本人が単独で決定し、本人が決定することができないときにのみ後見人が身上決定権を行使することができる」と規定している。

私見によれば、身上決定における本人決定優先の原則は、財産管理にも拡張適用されるべきである。すなわち、後見人は、被後見人に対して本人の意思を尊重する義務を負い、その義務に反する後見人の代理権の行使は、代理権濫用の例によって制裁すべきである。その際取引相手が、後見人の代理権が被後見人の意思に反し代理権の濫用に当たることに對し認識している場合などには、被後見人は、取引相手に対し無効を主張する可能性がある。なお、後見人による本人の意思の尊重は、次の 3 段階において行うことができる。まず、被後見人が自ら決定できる際には、後見人は本人の意思を尊重し、被後見人の意思に基づいてその権限を行使すべきである。本人が自ら意思決定できない際には、まず、施行可能な支援を行い、被後見人が意思決定できるように支援する。実行可能なあらゆる支援にも関わらず、本人が決定できない場合には、やむを得ず、意思決定の代行をおこなう。しかし、この際の決定の基準は、本人の最善の利益に対する代理人の判断ではなく、本人の意思などに関する代理人の最善の解釈によるべきである。

結論として後見人に対する本人の意思尊重というのは、後見人に対する容態義務として位置づけられる。

1-5. いわゆる「障害者の欠格条項」に対して再検討がなされているか。なされている場合には、その理念は何か。選挙権、国家公務員・地方公務員になる資格等。弁護士や医師についてはどうか

「欠格条項」とは、従来の民法上の後見宣告を受けた禁治産者または準禁治産者の公務担任、各種資格や許認可、各種機関・法人・団体の役職員等の資格の欠格事由に列挙している各種の法令の規定を意味する。韓国の欠格条項は、日本の関係法律の継受過程で、日本の法律にあった欠格条項が踏襲されその後類似の法律制定の過程で無批判に繰り返し複製された結果であると考えられる。条約第 12 条の法的能力では権利能力はもちろん、行為能力を含み、さらに他の社会活動に完全かつ効果的に参加することができる法的能力ないし資格などすべてを包括する。そこで、意思決定能力上障害について被後見人であることのみを理由にこのような社会活動に参加する権利を剥奪したり制限することは、国連障害者権利条約第 12 条に正面から違反していることは明らかである。後見宣告を本人の資格の剥奪や排除のように本人に不利益に援用することは、本人の支援または保護という後見制度の本来の目的と趣旨に反し制度

を濫用することである。そして、後見開始の実質的要件である事務処理能力の欠如や不足の判断基準は、本人の財産管理や身上に関する決定を中心に判断されている精神的な能力であり、個別の欠格条項に前提している資格や職務遂行に必要な精神能力を判断するものではない。両者とも一般精神能力を前提とするという点では共通するが、両者の判断がいつも一致するとは断定できない。なお、いくら精神力が低下し後見制度の保護を受ける必要があっても、資格剥奪などの欠格条項に基づく不利益を避けるために後見制度の利用を避けているし、実際にも意思能力上の障害者がすべて後見宣告を受けるべきでもないので、そのほかの後見が開始されていない人々を考えると、職務遂行に適さない者を排除しようとする欠格条項の立法目的は被後見事実を援用する方法では達成できない。結論として、欠格条項は障害者の権利条約第 12 条に反するだけでなく、新しい成年後見制度の導入の立法目的と趣旨と両立できないもので、できるだけ早く全面廃止の立法決断が必要であるとされている。

特に公務員などに対しては、公務担任権に対する不当な差別であり、障害者雇用促進の観点からも大問題である。医師や弁護士の特任職域において欠格条項の廃止に懸念する見解があるが、それは、職務の遂行能力の観点から個別法レベルで独自の規制策を設けるべきである。

2. 最近、成年後見に関連する法律の改正はあったか

2-1. 特に、民法についてはどうか

2011 年民法改正により新しい成年後見制度が導入され、2013 年新しい制度が施行されたが、それ以来、成年後見制度自体に対する改正はない。しかし、最近障害者権利条約の意思決定支援の要請や後見契約制度の利用不振などで民法改正の必要性に対する指摘がなされ始めている。

2-2. 社会保障法の隣接領域での法改正はあったか

障害者権益擁護の観点から障害者の権益擁護のための成年後見制度利用を支援する社会福祉関係の法律整備が行われている。

まず、2016 年 12 月 「発達障害者の権利保障と支援に関する法律」が制定され 2017 年 6 月から施行された。同法によって社会脆弱層発達障害者の成年後見利用支援事業が展開されている。その根拠になる同法第 9 条では発達障害者の権益擁護のために地方自治団体の長による成年後見の申立、後見人候補者の推薦、申立や後見人の報酬など費用支援に関する事項を定めている。この法律に基づいて広域自治団体レベルで設置された発達障害者支援センターなどでは福祉サービスに関する個人別支援計画の作成のほか権益擁護のための成年後見利用支援サービスも提供している。なお、成年後見サービスの提供や後見人候補者の教育養成の担い手として発達障害者の親の団体などを後見法人として指定し財政的な支援をおこなっている。

「発達障害者の権利保障と支援に関する法律」

第9条(成人後見制利用支援)

①地方自治団体の長は、成年の発達障害者が次の各号のいずれかに該当し後見人を選任する必要があるにもかかわらず、自力で後見人を選任することが困難であると判断される場合には、彼のために民法によって家庭裁判所に成年後見開始、限定後見開始または特定後見開始の審判を請求することができる。

- 1.日常生活において意思決定を行う能力が足りなかったり、非常に不足し、意思決定の代理または支援が必要と見る相当な理由がある場合
- 2.発達障害者の権利を適切に代弁してくれる家族がない場合
- 3.別途の措置がなければ、権利侵害の危険が相当にある場合

②地方自治団体の長が第1項によって、成人後見開始、限定後見開始または特定後見の審判を請求する際には大統領令で定める要件を満たす人または法人を後見人候補者としてその人または法人を後見人を選任してくれることを一緒に請求しなければならない。 <改正 2016.12.2.>

③地方自治団体の長は、第33条第1項による中央発達障害者支援センターの長に第2項による後見人候補者を推薦してくれることを依頼することができる。

④国家と地方自治体は第1項及び第2項によって選任された後見人の後見事務の遂行に必要な費用の一部を予算の範囲で保健福祉部令で定めたところによって支援することができる。

⑤第1項から第4項までによる成人後見制利用支援の要件、後見人候補者の資格と推薦手続き、後見人の後見の事務に必要な費用支援などに必要な事項は、保健福祉部令で定める。

公共後見利用支援事業が発達障害者のみを対象に行われていることに対し、認知症高齢者のための公共後見利用支援の必要性が提起され、2017年癡呆管理法が改正され、「発達障害者の権利保障と支援に関する法律」第9条に相当する規定が新設された（癡呆管理法第12条の3、その内容もほぼ同一）。

2-3. 同条約批准後において、上記以外で、成年後見関連法律の制定又は改正はあったか。例えば、選挙法の改正など。(1-3. 以外で)

韓国の最初の国家報告書の審議の後、選挙法などの改正の必要性が提起されたが、いまだに立法の実現には至っていない。

2-4. 高齢者の取引参加について成年後見制度以外でも配慮がなされているか。特に、消費者保護法との関連ではどうか

それに対する特別な立法の動きはない。

3. 法定成年後見（人）制度の機能について

3-1. 法人後見、複数後見は認められているか。それらは、よく機能しているか。認められていない場合は、その理由

法人後見や複数後見に対する規定は、日本法とほぼ同一である。その利用や機能も日本と類似しており、紛争事案など個人後見人では対応難しい事案で法人後見人を選任する傾向がみられる。複数後見も財産管理の紛争がある際に財産管理の職務は専門職後見人を選任し、身上保護は家族後見人を選任するケースがある。一つ注目に値するのは、財産も少ない社会脆弱層障碍者のための公共後見事業において日本の市民後見人のように一般人を後見人候補者として教育養成し後見人に選任したが、後見サービスの不安定性や専門性の不足などの問題が浮上し、その対策として、地域で後見法人を育成し、後見法人を中心に公共後見サービスを提供する方向で政策の転換を模索している。その際、後見法人が自ら後見人になり、教育育成された一般市民出身の後見人候補者が後見法人の監督のもとに被後見人の担当者として自宅訪問など現場サービスを提供する方法と後見人候補者が後見人になり後見法人がその個人後見人を監督する形で公共後見サービスを提供する方法、両方法で後見法人を活用するのが福祉部の方針である。

3-2. 資産の少ない人の成年後見制度の利用について配慮されているか。利用料の補助がある場合（例えば、生活補助費として）には、その基準はどのようなものか

下記の公共後見事業で申立費用や公共後見人の報酬の補助が直接に申立機関や後見人に支給されるが、利用者本人に対する補助はない。

3-3. 裁判所が関与する正式な成年後見ではなく、親族などによる事実上の成年後見は行われているか。その場合に、「介護」の領域を超えて財産の処分等を行う場合に、関係者は、「違法」であると意識しているか

家族による事実上の後見はいまだに蔓延しているのではないかと推測されるが、これに対する調査や報告はないので、具体的な事情は明らかではない。その家族では適法ではないという意識はあるはずだが、違法性認識の強度はやや弱いのではないかとと思われる。韓国では財産関係に対していまだに個人主義より家族主義がより強いのではないかとと思われる。

3-4. 成年後見人の報酬について、特別な公的配慮がなされているか。そのための特別法はあるか。ある場合には、報酬の基準についても。(3-2.) 以外について

上記のように 資産の少ない社会脆弱層発達障害者や認知症高齢者の権益擁護のための公共後見事業が行われている。その際公共財源から申立費用(約3万円前後)や公共後見人の報酬の補助(1件あたり1万5,000円前後)が支給される。予算の関係もあり、その支給額は封建福祉部の予算支出に対する内部基準による。

4. 成年後見人の権限について

4-1. 身上監護の範囲はどのように定められているか。具体的に

従来韓国の禁治産・限定治産制度は、主に財産管理が中心で身上に関しては、禁治産者の療養監護に日常の注意を懈怠してはならないことと精神病院などに監禁治療するには家庭法院の許可を得なければならないことを規定しているのみであった(韓民旧第947条)。それは、日本民法旧第858条を継受したものである。しかし、この規定が後見人に本格的な身上監護義務やそれに関する権限を与えるものであるかについてはあまり議論されることがなく実際にも援用されることがなかった。

私見では、そもそも近代民法の制定時には身上に関する意思決定の問題は、おそらく扶養の問題に吸収されており、独自の法律問題としてあまり意識されてこなかったのではないかと思う。それが現代に至って人権意識の高揚につれて身上に関する自己決定の重要さなどが意識されるようになって初めてそれが重要な法律問題として認識されるようになった。それで、新制度導入の際、旧制度の身上に関する立法的不備に対し後見人に被後見人の身上に関する決定権限を与える根拠規定をおくことになる。それにより後見人の職務として被後見人の身上保護を本格的に認められることになった。

まず、家庭法院は、成年後見人が被成年後見人の身上に関して決定する権限の範囲を定めることができる(韓民第938条3項)。しかし、被後見人の身上に関する決定は一身専属的権限であるため、被後見人が自己の身上に関して自ら決定することができる状態であれば、本人単独で決定すべきである(韓民第947条の2第1項、後見人の身上決定権限における補充性の原則)。そして、成年後見人が被後見人を治療などの目的で精神病院やその他の場所に隔離する場合には、家庭裁判所の許可を受けなければならない(韓民第947条の2第2項)。なお、被後見人の身体を侵害する医療行為に対して被後見人が同意できない場合には成年後見人が彼に代わって同意することができる(韓民第947条の2第3項)。なお、第3項の場合被後見人が医療行為の直接的な結果で死亡したり、相当な障害を負う恐れがあるときは、家庭裁判所の許可を得なければならない。ただし、許可の手続きで医療行為が遅滞されて被後見人の生命に危険を招いたり、心身上の重大な障害を招く際には事後に許可を請求することができる(韓民第947条の2第4項)。

また、成年後見人が被後見人を代理し本人が居住する建物またはその敷地を処分する行為をなす場合も、家庭法院の許可を要する(韓民第 947 条の 2 第 5 項。後見人の身上決定に対する家庭法院の許可)。同項は、財産的法律行為ではあるが本人の住居に関する決定は身上の問題と密接にかかわっている事柄であるため、身上監護に関する決定の問題とともに規定したのである。なお、後見人の被後見人の身上に関する決定権限についての規定は限定後見人にも準用され(改正民法第 959 条の 4 第 2 項)、特定後見人には類推適用されることに学説はほぼ一致しているが、実務ではまだ通用していない。なお、後見契約においても身上に関する事務処理の委託と共に身上に関する決定権限を任意後見受任者に与えることが出来る(韓民第 959 条の 14)。

そして、後見人に身上に関する決定権を与えることは韓国成年後見において大きな進展ではあるが、それがうまく機能できるかどうかについては懸念の声も少なくない。医療同意に関してはいままで医療現場で家族による同意が当たり前のように行われてきたので、家族同意の慣行との整合性が問われる(医療現場では家族同意に対し一定の法的確信があるようにも見える)。医療同意の権限を後見人に一本化するのには現実的ではないし、医療同意のため後見の利用を強制するのは決して望ましくもない。そうすれば、家庭法院から権限を付与された後見人が死亡や障碍の恐れがある重大な医療行為に同意する場合には家庭法院の許可が要するのに、家族が同意する場合には何の規制もないことになる。したがって家族同意の適正化のために立法的手当てが必要ではないかと思われる。そこで意思決定能力のない人のための家族による代行決定を可能にする法的根拠やその行使を適正化する規制や手続について規定が必要である。そこで、保健福祉部の依頼を受けた研究では、本人が医療同意能力がない場合、①配偶者、②直系卑属、③直系尊属の順で医療同意に関する決定権限を付与すること、後順位家族も含め家族の中で意見が一致しない場合には異議をとることをできること、本人が意思能力があるかどうかは担当医師が決定すること、死亡または障碍の恐れがある医療同意には後見人の場合と同様家庭法院の許可を要することなどを内容とする立法が提案されたが、立法に至っていない。なお、一定の重大な医療行為には家庭法院の許可を得ることを規定しているが、家庭法院の許可の要否を何の基準で分けるか、たとえば、立法当時には危険性が高い医療行為の類型や範囲を事前に目録化することも検討されたそうだが、簡単な医療行為でも本人の健康状態によっては危険が伴うことも珍しくないもので、これで十分とはいえない。そして、広範に及ぶであろう医療同意の許可に対して家庭法院が迅速かつ適切に対応できるかどうかも疑問が残る。そもそも家庭法院がそういう判断を担うのに適切な機関であるかどうかについても十分な検討が尽くされていないのではないかという感がある。

そして、法務部が提出した当初の改正案(当初の案では第 947 条の 2 第 5 項)では、後見人が被後見人の身体の完全性、居住移転の自由、住居の自由および私生活に重大な侵害をとまなう身上決定を行う場合、家庭法院の同意を要する規定が設けられ

ていた。しかし、法院側との協議過程で適用範囲が明確ではないため実務上適用に困難が生じるという指摘を受けて最終の民法改正案からは削除された。後見人の被後見人の身上に関する強制的介入をどこまで認めるかという問題であるが、これはその性質上強制隔離などに準じて考えるべきである。したがって、被後見人の身上に密接な関わりを持つ生活関係についての強制的介入には強制隔離に準じて家庭法院の許可規定を類推適用すべきであろう。

4-2. 成年後見人に医療代諾権は認められているか。親族についてはどうか

上記のように成年後見人などに医療代諾権を認めており、一定の重大な侵害が伴う医療行為に対しては後見人が同意するには家庭法院の事前許可が必要であり、例外的に事後許可も可能である。家族による医療同意は、医療現場で当たり前のように行われており、後見人の同意権と家族による同意の慣行が併存している。

4-3. 医療代諾に関するリビングウイル制度はあるか。それは、うまく機能しているか。リビングウイルを活用する場合に、ドイツのように裁判所や医師は関与することになっているか

医療療養に関する一般的な事前指示書制度は設けられていないし、その慣行もあまり行われていない。しかし、延命治療の問題に対しては、十数年間、終末期の延命治療中断に関する議論を重ねてきており、2016年2月3日「ホスピス・緩和医療及び臨終の過程にある患者の延命医療の決定に関する法律」が制定され、2018年8月4日から施行された。その中では、終末期における延命医療計画書の作成、延命治療に関する事前医療意向書の作成に関する規定が設けられた。その規定は、例外的に2018年2月3日から施行される。延命医療計画書は、末期患者などの要請によって、担当医師が患者に対する延命医療中断などの決定やホスピスに関する事項を計画して、文書で作成したことであり、事前延命医療意向書は、19歳以上の方が自分の延命医療中断などの決定やホスピスに関する意思を直接文書に作成したことである(同法第2条参照)。

事前延命医療計画書は、末期患者などが担当医師の情報提供を受け、担当医師に延命医療計画書の作成を要請すれば、担当医師が患者の病状や治療方法に関する事項、延命医療の実施方法や延命医療中断など決定に関する事項、ホスピスの選択及び利用に関する事項、延命医療計画書の作成・登録・保管や通報に関する事項、延命医療計画書の変更・撤回やそれに伴う措置に関する事項を末期患者などに説明した後、患者にその内容を理解したことを確認され延命医療計画書を作成することになっている。延命医療計画書には、患者の延命医療中断などの決定やホスピスの利用に関する事項、延命医療に関する担当医師の説明を理解したという患者の署名、記名押印、録音、その他、これに準ずる大統領令で定める方法での確認、担当医の署名捺印などを

記載することになっている。医療機関の長は、作成された延命医療計画書を登録保管する(同法第 10 条)。延命医療計画書を通じて患者の意思で延命医療中断を望むことが、それが臨終の過程にある患者の意思にも反しない場合、担当医師は延命医療中断決定を履行することができる(同法第 15 条)。これは、延命医療計画書は末期患者などのみを対象とするので制限された末期患者の延命医療の決定に関してのみ適用される。

事前延命医療意向書は、末期患者以外の人たちが自分の延命医療に関する指示を直接作成し、これを別途の登録機関に登録保管しておくという点で延命医療計画書とは異なる(同法第 12 条)。事前に延命医療意向書の登録保管のために保健福祉部長官は、地域保健医療機関、医療機関、非営利法人・団体を事前に延命医療意向書の登録機関に指定してサポートできるようにしている(同法第 11 条)。登録機関は事前に延命医療の意向性の作成者に延命医療の実施方法や延命医療中断など決定に関する事項、ホスピスの選択及び利用に関する事項、事前延命医療意向書の効力および効力喪失に関する事項、事前延命医療意向書の作成・登録・保管や通報に関する事項、事前延命医療意向書の変更・撤回やそれに伴う措置に関する事項などを十分に説明し、作成者から内容を理解したことを確認されなければならない(同法第 12 条第 2 項)、事前延命医療意向書では延命医療中断など決定、ホスピスの利用、作成日時及び保管方法などを記載しなければならない(同第 3 項)、登録機関の長は、事前延命医療意向書を提出を受ける際本人の作成可否を確認した後作成された事前延命医療意向書を登録・保管し(同第 4 項)、登録の結果を国立延命医療管理機関の長に通報しなければならない(同第 5 項)。担当医師が事前に延命医療意向書の内容を患者に確認する場合と①担当医師及び当該分野の専門医 1 人が患者が事前に延命医療意向書の内容を確認するのに十分な意思能力がないという医学的判断、②事前延命医療意向書が、第 2 条第 4 号の範囲で第 12 条に従って作成されたという事実を確認した場合、これを患者の意思で見て延命医療中断などの決定を履行することができる(同法第 15 条第 1 号)。

事前延命医療計画書や事前延命医療意向書が登録されていない 19 歳以上の患者が意思を表示できない医学的状态である場合、患者の延命医療中断など決定に関する意思とみることに十分な期間の間一貫して表示された延命医療中断などに関する意思について患者の家族(19 歳以上の者として次の各目のいずれかに該当する人を言う)2 人以上の一致する陳述(患者の家族が 1 人の場合には、その 1 人の陳述を言う)があれば担当医師に該当分野の専門医 1 人の確認を経て、これを患者の意思とみなす。ただし、その供述と配置される内容の他の患者の家族の話または、保健福祉部令で定める客観的な証拠がある場合には、この限りでない(同法第 17 条第 1 項第 3 号) ①配偶者、②直系卑属、③直系尊属、④上記に該当する者がいない場合は兄弟姉妹。

なお、上記いずれも該当しない、患者の意思を確認できず、患者が意思を表示することができない医学的状态である場合、次の各号のいずれかに該当するときには、当

該患者のための延命医療中断など決定が在るものと見ている。ただし、担当医者または該当分野の専門医 1 人が患者が延命医療中断など決定を願っていないという事実を確認した場合は除外する。

1. 未成年者の患者の法定代理人(親権者に限定する)が延命医療中断など決定の意思表示をして担当医師に該当分野の専門医 1 人が確認した場合。
2. 患者の家族(行方不明者など、大統領令で定める事由に該当する人は除く)全員の合意で延命医療中断など決定の意思表示をして担当医師に該当分野の専門医 1 人が確認した場合 (同法第 18 条)。

延命医療中断決定が韓国で患者の生命権と関連した重大な生命倫理的論争の的となってきた社会的背景の下に、同法が制定されて施行されるようになった。しかし、意思決定能力の障害によって自ら自分の医療療養に関する決定をすることができない人たちにもこれと同じ趣旨の事前医療意向書制度が必要なことは多言を要しない。

4-4. 成年後見人の医療代諾権の行使にあって裁判所の関与(許可等)は必要か。その際、どのような基準が設けられているか。(3) 以外の場合

この問題に対しては、上記(4-1.)の記述をご参照。

4-5. 成年被後見人のプライバシーは、どのように保護されているか。郵便物の管理・開封(信書の秘密)など

この問題に対しては、上記(4-1.)の後半の記述をご参照。

4-6. 成年被後見人の死亡直後の成年後見人の事務処理権限。成年後見人は葬式に関する費用を出す権限を有するか

これに対しては韓国民法では何の規定もないので、委任者の緊急事務処理または事務管理の例によって処理されることが予測されている。

5. 成年後見に関する制度の在り方

5-1. 成年後見における親族の位置づけ。一定の範囲の親族には後見人を引き受け義務等があるか

家族であっても後見人を引き受ける義務は法律上かつ学説上ない。

5-2. 弁護士、公証人等には、後見人の引き受け義務はあるか。例えば、オーストリア法のような基準はあるか

弁護士など専門職に後見人を引き受ける義務はない。

5-3. 公的成年後見の位置づけはどうなっているか。福祉関連行政の一般的位置づけ、行政による後見はあるか。例えば、ドイツの官庁後見のような制度はあるか

韓国の公共後見が福祉関係行政で行われているが、法的問題に対する専門性がないので、地域ごとに公共後見サービスの提供において地域格差が目立つ。そこで、韓国法務部（法務省に当たる）の主導でドイツの後見庁のような機能を有する公的機関を設置する立法の必要性が提起されており、法務部の中でその立法に対する検討が行われている。

公共機関が直接に後見人になるケースはないが、地方自治体の申立てで公共後見事業により一般市民出身の後見人が選任された場合（公共後見）、一般的に地方自治体の長が後見監督人になる実務慣行が形成されている。

5-4. (公的ないし公益的な) 成年後見センターが、県もしくは市町村等の地域に設置されているか

今のところ、県に相当する広域地方自治体レベルで発達障害者支援センターが設置され、一応発達障害者向けの成年後見センターの機能を担っている。しかし、人力の専門性は高くないし、組織の規模も数人程度で成年後見センターとしての機能を十分に発揮することを期待できる状況ではない。何よりこの後見サービスは、もっぱら発達障害者向けなので、ほかの精神的障害者との格差が問題になる。そこで、上記の法務部の主導の下で公共後見センターの構想が浮上したのである。

5-5. 他害の危険性を含む精神障害者の後見について、特別な配慮がなされているか。措置入院や医療保護入院の場合における成年後見人の役割（同意、任務等）はどうなっているか

韓国の精神保健法は 2016 年改正され精神健康増進及び精神疾患者の福祉サービス支援に関する法律になった。それによれば、保護義務者の同意による非自意入院手続き(医療保護入院の当たる)上 後見人が選任されている場合には、家族より後見人が優先的に保護義務者になる。しかし、今まで家族が保護義務者になるケースがほとんどであり、後見人による入院のケースはあまりなかったのである。しかし、保護義務者の入院手続き上地方自治体の長が保護義務者になる規定がその改正により廃止されたので、家族との連絡が途絶えている精神療養施設に長期に入院されている精神障害者に対し、今まで保護義務者であった地方自治体の長の代わり、保護義務者として限定後見人を選任する事業が行われている。

それに対し、韓国民法第 947 条の 2 第 2 項の、成年後見人が被後見人を治療などの目的で精神病院やその他の場所に隔離する場合には、家庭裁判所の許可を受けなければならないという規定は、あまり適用事例がなく、死文化しているのが現状である。しかし、最近では、精神健康増進及び精神疾患者の福祉サービス支援に関する法律に

基づいた入院手続きを行政入院として捉え、自傷他害の危険がある場合のみ適用されるので（法の改正により自傷他害の危険が保護義務者の同意による入院の必須要件になったからである）、治療目的の強制入院は民法の手続きによるべきであるという解釈が主張される。しかし、この見解が一般的に受けいられているのではない。

6. 後見制度の利用に際しての裁判所の関与の仕方について

6-1. 広義の成年後見（法定後見、任意後見）に関する福祉行政との任務分担はどうなっているか

基本的に福祉行政側は、意思決定能力上障害者の権益擁護という後見需要の発掘、公共後見サービスの提供、後見人に対する支援や日常的な事前監督の機能を遂行するのに対し、家庭法院は、成年後見の開始、変更、終了など手続きを主管する機能を担うべきである。しかし、韓国の現状を見れば、福祉行政は成年後見という制度に初めて参加し、この業務に慣れてないし、準備態勢も十分ではないので、いまだにその機能が十分発揮されていない。一定の空白があるように思われる。そこで、家庭法院側が後見監督権に基づいて日常的な後見監督に積極的に介入している。例えば、ソウル家庭法院は、後見監督人の選任を避け、その代わりに重要財産の処分などに家庭法院の許可を得るよう、後見人の職務に対する特別な処分を下している。そして、税理士や計理士などを後見監督のための専門委員として選任し後見人の定期報告書をチェックするように体制を整えている。家庭法院の本来の監督機能は、事後監督にあり、日常的な後見人の事務に対する監督は家庭法院の本来機能には相応しくない。むしろ日常的には、後見人に対する監督より支援が必要であり、日常的支援により監督の需要を事前に吸収すべきである。家庭法院の今の体制は、やむを得ない事情もあるが、監督事件の増加につれ持続可能な体制ではないと思われる。

6-2. どのような裁判所が手続きを担当しているか。家族裁判所、簡易裁判所等。

1 裁判所が管轄する地域の人口はどの程度か

成年後見事件は家庭法院の管轄に属している。家庭法院の管轄の地域範囲は地域ごとに異なる。家庭法院がない地域では一般法院の家事部で担当している。

6-3. 裁判所の手続利用の前に何らかの前置手続きがあるか。オーストリアのクリアリング（行政による必要性のチェック）のような制度はあるか

成年後見事件で特別な前置手続きは設けられていない。

6-4. 上記の成年後見センターが設置されている場合（上記5-4.）において、裁判所との連携はどうなっているか

地域の成年後見センターと協定を結び一定の協力関係を構築しようとしているケー

スはあるものの、それが十分な機能を発揮するほどに未だ達していない。

7. 任意後見制度の採用の有無

7-1. 民法上の「後見のための委任契約」も可能か。可能である場合には、法定後見との関連はどうなっているか

韓国では、後見契約に関する規定を特別法ではなく民法の中で織り込むことになった。韓国民法によれば、後見契約とは、疾病、障害、老齢、その他の事由による精神的な制約のため事務を処理する能力が不足した状況または不足することが予想される状況に備え、自己の財産管理および身上保護に関する事務の全部または一部を他人に委託し、その委託事務に関する代理権授与などを内容とする契約を言う(韓民 959 条の 14 1 項)。後見契約は公正証書によって締結しなければならず(2 項)、家庭法院が任意後見監督人を選任したときから効力が発生する(3 項)。その内容から窺われるように韓国民法における後見契約は日本の任意後見契約に関する法律の内容と類似しておりその強い影響を受けている。そこで、日本の任意後見契約の明暗が韓国の後見契約制度にもそのまま映っているように見える。そもそも後見契約に関する新たな規定がなくても本人は自分の意思決定能力がなくなったときに備え後見事務処理のため代理権の授与を内容とする普通の委任契約を結ぶことも可能であろう。しかし、普通の委任契約においては身上決定に関する権限を与えることはできないとされ、これをもって新しい後見契約と一般委任契約の異なる点である。

まず後見契約の締結についてみると、本人の財産管理や身上保護に関する事務の全部又は一部を任意後見人に委託するものなので、本人の生活に及ぼす影響が非常に大きい。したがって、本人が任意後見人と後見契約を締結するにあたり熟考の機会を与えると同時に今後発生する紛争の可能性に備えて契約内容を明確にする必要がある。そこで後見契約の締結を公証人の公正証書の方式による要式行為として規定したという。

後見契約の効力発生時期については、原則として当事者が後見契約で定めたところによる。しかし、当事者が後見契約の効力発生時期を定めたとしても本人が契約で合意した精神状態になって後見契約が効力を発生するかどうかについて常に明確な判断ができるわけではない。特に疾病、障害、老齢などで精神的状態が徐々に悪化してきた場合がそうである。その結果、果たしていつ任意後見が開始するかについて法的に不安定性が存在する。したがって、後見契約の効力発生の時点を有権的に確定する必要が生じる。これについて立案担当者は、フランスの 小審法院の書記 (*greffe du tribunal d'instance*) の確認による方法(フランス民法第 481 条)と日本の家庭裁判所が任意後見監督人を選択してから後見契約が効力を発生する方法(任意後見契約に関する法律第 2 条第 1 号)を検討した末、日本法の方法を採択したそうである。

任意後見監督人の選任を後見契約発効の法定条件とした理由は、後見契約では本人

がすでに意思能力が衰えている場合にはじめて後見契約が履行されるので本人による受任者の統制がそもそも期待できないからである。その場合にはドイツ法のように法定後見を開始させ法定後見人によりその任意後見人を統制することも考えられる(最終立法としては、韓国民法においては後見契約と成年後見と限定後見は並存しないことになっている)。しかし、それが必ずしも用意ではないので後見契約の履行段階で本人の利益を守るために家庭法院の選任による監督人が必要であるという。

韓国の後見契約に関してはまず手続や費用の面で後見契約のほうが法定後見より複雑かつ高費用構造になっていることが懸念されている。すなわち、後見契約の締結は公正証書で作成されなければならないし、この発効には家庭法院による任意後見監督人の選任手続を踏まなければならない。そして、その発効のために任意後見監督人の選任が必要である。しかも、後見人の家族は後見監督人として選任できないので(韓民 940 条の 5、959 条の 15 5 項)、任意後見人か任意後見監督人かの一方は、必ず第三者を選任しなければならない。一般的には本人の家族を任意後見人として選任することが多いと予想されるが、結局本人に選任した家族後見人を第三者が監督することを強制することになる。しかし、ドイツ、イギリス、フランスなどの場合、人口の 1% から 3% まで達するが(任意後見の未発効も含まれる)、法定後見より任意後見の方が多数である。しかも、その後見人の大半は、家族、知人、友人で、無償で活動しているケースが多いという。そして、イギリス、ドイツ、カナダ、シンガポール、オーストラリアなどでも代理権授与の書面方式が要求されるものの公正証書は要求されない。むしろ、任意後見書式を公衆に提供し誰でもこの書式に記載するだけで容易に任意後見人を選任することができるようになっているので費用もかからない。

それに比べて韓国や日本の任意後見制度は手続と費用の面で利用のハードルが非常に高い。その結果、日本でも韓国でもその利用率は、きわめて低い。これに対して後見契約の締結のために公証人を介入させるべきではない(特に後見契約の締結のための本人の意思決定能力の第三者のチェックが必要であることであれば、精神科医や心理専門家がより相応しく法律家である公証人は適当な人ではないという)、任意後見監督人の選任の要否も本人の自己決定の任せる問題である、任意後見の開始に国家(法院)が介入すべきではないなどが主張されている。

7-2. 任意後見に関する特別法(規定)が定められているか。民法典中に定められている場合も含む

任意後見(後見契約)に関しては、民法で規定している。

7-3. 同契約において、葬式などについての取り決め(死後の事務について)がなされているか

後見契約の登記件数も多くないので、死後の事務が含まれているかどうかについて

は、十分な実務例がないし情報もない。しかし、解釈上死後事務に関する取り決めの効力は問題ないので、現実の需要を考えれば、現実化する可能性は高い。但し、死後相続人との関係で紛争の可能性は若干ある。

7-4. 日本の福祉サービス利用援助事業（社会福祉法に基づく事業、所管は厚生労働省）のような法定代理権を伴わないサービス（契約に基づくサービス）があるか

今のところ、それに相当する福祉サービスは提供されていない。機能的にそれに準じる制度として持続代理権の登録制度の導入が議論されている。持続代理権の登録制度は、任意後見制度として導入された後見契約の利用不振のためにその代案として法務部で検討されている。公正証書の作成、後見契約の締結能力に対する厳格な解釈、家庭法院による監督人の選任など利用のハードルが高く、制度利用の普及はなかなか難しい。そこで、財産の処分とか重要な権限付与を除く、日常的な金銭の管理や身上事務の支援を主な事務とする持続的代理権の授与事実を登録することで、最低限の監督と持続的代理権の証明を容易にする制度として構想されている。

8. その他、成年後見に関して、当該国に独特な制度はあるか

成年後見制度の代替制度として、後見目的の持続的代理権の登録制度の導入のほか、アメリカの Special Needs Trust の導入に対する議論もなされている。その制度の導入には税法上の優遇措置や公的受託機関なども必要であるので、立法までは政治的な力も必要である。一部障害者関連団体とかで関心が高まってきているので、いずれ導入の議論が本格化するだろうと思われる。

<後注>

- (1) 韓国については、成年後見法の制定後、法律の改正はない。
- (2) 韓国の成年後見制度については、李銀栄「韓国民法の成年後見制度」（田山輝明編著『成年後見制度と障害者権利条約』三省堂、2012年）（62-78頁）が詳しい。民法の条文の翻訳もある。なお、最近の情勢については、鄭鐘休「韓国の成年後見制度の現状—障害者権利条約への対応、医療代諾権等」（季刊・比較後見法制第4号、2016年）（3-31頁）を参照。

以上