

# ○論説：任意後見制度の改革私案 —オーストリアに学ぶ—

岡 孝\*

## 第1節 問題の所在

### 1 国連障害者権利条約12条に日本の成年後見制度は適合するか

国連障害者権利条約は2008年に発効し、日本は2014年に批准した。この条約12条（法律の前にひとしく認められる権利）<sup>1</sup>が障害者の行為能力制限と法定代理を認めるかどうかについては争いがある<sup>2</sup>。国連障害者権利委員会が12

- 
- 1 その内容は次のとおりである。「1 締約国は、障害者が全ての場所において法律の前に人として認められる権利を有することを再確認する/2 締約国は、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を享有することを認める。/3 締約国は、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。/4 締約国は、法的能力の行使に関連する全ての措置において、濫用を防止するための適当かつ効果的な保障を国際人権法に従って定めることを確保する。当該保障は、法的能力の行使に関連する措置が、障害者の権利、意思及び選好を尊重すること、利益相反を生じさせず、及び不当な影響を及ぼさないこと、障害者の状況に応じ、かつ、適合すること、可能な限り短い期間に適用されること並びに権限のある、独立の、かつ、公平な当局又は司法機関による定期的な審査の対象となることを確保するものとする。当該保障は、当該措置が障害者の権利及び利益に及ぼす影響の程度に応じたものとする。/5 締約国は、この条の規定に従うことを条件として、障害者が財産を所有し、又は相続し、自己の会計を管理し、及び銀行貸付け、抵当その他の形態の金融上の信用を利用する均等な機会を有することについての平等の権利を確保するための全ての適当かつ効果的な措置をとるものとし、障害者がその財産を恣意的に奪われないことを確保する。」この和文は(英文も含め)、外務省のHP (<http://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000018093.pdf>) で閲覧できる。
  - 2 この争いを含め12条に関する文献としては、田山輝明編『成年後見制度と障害者権利条約』（三省堂、2012年）、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頁以下、佐藤彰一「日本の成年後見制度の現状と改革の方向」草野芳郎＝岡孝編『高齢者支援の新たな枠組みを求めて』（白峰社、2016年）270頁以下など参照。また、この国連条約と韓国法との関係を検討するものとして、朴仁煥「国連障害者権利条約と韓国における成年後見パラダイムの転換—意思決定代行から意思決定支援へ—」草野＝岡孝編・前掲書294頁以下参照。

---

\* 学習院大学法学部教授。

条についての締約国の理解が不十分だとして出した2014年5月の「一般的意見 (Allgemeine Bemerkung) 第1号」<sup>3</sup>は、未成年者の場合を除き代行意思決定制度を一切認めていないと解されている(代行決定禁止説)。これに対して、一般の締約国は、厳格な基準のもとで代行意思決定制度を許容しているという代行決定許容説の立場をとっている<sup>4</sup>。日本政府は、2016年6月に報告書<sup>5</sup>を国連に提出した。その内容は後者の代行決定許容説の立場で書かれている<sup>6</sup>。

国連障害者権利委員会の立場(代行決定禁止説)を前提にすると、日本の成年後見制度、とくに法定後見制度にはいくつか問題点があるように思われる。すなわち、判断能力の不十分な成年者(本人)の行為能力を制限したうえで、他人が法定代理権を行使して本人の事務を処理するという制度は条約違反の疑いが濃厚である<sup>7</sup>。

法定後見のうち、後見類型について民法の考え方を整理しておく、民法7条によれば、精神上の障害により事理弁識能力を欠く常況にある者に成年後見人が選任された場合には、本人は行為能力を制限されて、日常生活に必要な行為を除き(9条ただし書)、単独で法律行為ができないことになる(単

---

3 この翻訳は、障害保健幸福研究情報システム(DINF)「一般的意見第1号(2014年)第12条:法律の前における平等な承認 2014年4月11日採択、2014年5月19日版」  
[http://www.dinf.ne.jp/doc/japanese/rights/rightafter/crpd\\_gc1\\_2014\\_article12\\_0519.html](http://www.dinf.ne.jp/doc/japanese/rights/rightafter/crpd_gc1_2014_article12_0519.html)参照。

4 川島・前掲(注2)75頁参照。

5 外務省HP(<http://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000171085.pdf>)に掲載されている「障害者に権利に関する条約第1回日本政府報告(日本語仮訳)」参照。

6 国連障害者権利条約35条は、批准国(締約国)に国連障害者権利委員会に条約順守状況の報告と審査を義務づけている。日本の成年後見制度に大きな影響を与えているドイツは、2015年に審査を受け、4月13日付の委員会の最終コメントで、現行のドイツ世話制度は意思の代行措置をとっており、条約12条に適合しないので、意思支援措置に組み替えるよう勧告されている。Abschließende Bemerkungen über den ersten Staatenbericht Deutschlands, in: Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen Dreizehnte Tagung 25. März -17. April 2015のNr.25, Nr.26参照。国連障害者権利委員会のこの勧告は[www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user\\_upload/PDF-Dateien/UN-Dokumente/CRPD\\_Abschliessende\\_Bemerkungen\\_ueber\\_den\\_ersten\\_Staatenbericht\\_Deutschlands.pdf](http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/PDF-Dateien/UN-Dokumente/CRPD_Abschliessende_Bemerkungen_ueber_den_ersten_Staatenbericht_Deutschlands.pdf)で閲覧が可能である。なお、日本は2018年以降に審査を受ける予定になっている。

7 佐藤・前掲(注2)276頁以下参照。これは政府報告案の段階での批判であるが、成年後見制度に関する政府報告書はこの案と同じ内容であるので、政府報告書に対する批判ともなっている。

独で行っても後に取り消されることになる)。後見人が代理行為を行うわけである。遷延性意識障害者を除いて、大半の被後見人は程度の差はあれ、意思能力を有しているといえるのではないか。国連障害者権利条約は、後見人が代理行為をするのではなく、被後見人、要保護者の意思を十分に確認して、要保護者の希望に即して支援をしつつ本人に行為させることを求めているように思われる。

## 2 任意後見制度の活用は考えられないか

本人の意思を最大限に尊重するというならば、任意後見の活用が一つ考えられよう。日本の任意後見制度は残念ながらあまり利用されていない<sup>8</sup>。その理由はいろいろ考えられるが、理論的に問題だと思われるのは、制度上委任者の意思能力が法定後見の補助類型程度の「事理弁識能力が不十分になった」場合に初めて任意後見契約が発効するという点ではないか（これは後述のように、実は今後の制度改革のポイントになり、諸外国にも例を見ない点で、実は高く評価したいのである）。即効型<sup>9</sup>もあるようだが、利用者の観点からは多くは移行型が利用されているのではないか。すなわち、今は問題ないが将来事理弁識能力が不十分になったら任意後見監督人を選任してもらい、契約を発効させてもらいたいと考えるのである。任意後見契約を締結してから実際に契約の効力が生ずるまでには何年もかかるかもしれない。その間受任者としては何もしないわけにはいかないであろう。信頼関係の維持を図るために1つの方法として民法上の委任契約を締結し、見守りなどを行うことになるのではないか。そして、その後（本人の判断能力の減退により）要件が整って任意後見契約が発効すれば問題ないが、日本司法書士連合会／公益社

8 最高裁判所事務総局家庭局編『成年後見関係事件の概況—平成27年1月～12月—』によれば、平成27年（2015年）末の段階での利用者総数は成年後見類型152681件、保佐類型27655件、補助類型2245件であるが、任意後見は2245件にとどまっている。さらに、佐藤・前掲(注2)259頁以下参照。

9 判断能力の低下は見られるものの契約締結能力がある場合に締結する任意後見契約で、締結後すぐに（任意後見監督人の選任により）発効させるタイプのもの。これについては、さしあたり赤沼康弘＝土肥尚子編『事例解説・成年後見の実務』（青林書院、2016年）246頁〔北野俊光執筆〕参照。

団法人成年後見センター・リーガルサポートがすでに問題点を指摘しているように<sup>10</sup>、委任契約で財産管理も対象とし、要件が充たされても任意後見に移行しないケースが散見されるようになった。その理由として考えられるのは、任意後見に移行すると、任意後見監督人の監督が入り、自由気ままな財産管理ができなくなるので、それを避けたいからではないかとも想像できよう。

このような病理現象を除去できるならば、委任契約の活用は本人の希望により行われるわけであるから、国連障害者権利条約の精神にも合致するように思われる。もちろん既存の任意後見契約を利用することもこの条約に合致するであろう。しかし、任意後見契約の活用にはいくつか高いハードルがあり、そのため利用が低調なように思われる。裁判所が直接任意後見人を監督できないこともこの制度が国民の信頼を得ていないのではないか。法定後見と任意後見との併存を否定することも問題であるように思う。

国連障害者権利条約と日本の成年後見制度を調整する方策として、すでに法定代理の活用、なかんずく補助類型一元論とか保佐制度中心主義などが主張されている<sup>11</sup>。そのほかに別の視点はないだろうか。任意後見制度の手直しはどうであろうか。任意後見契約と同時に締結した見守り契約を維持したままで任意後見を発動させようとしめない病理現象を除去できれば、本人の意思に基づく任意後見の未来は明るいのではないか。

この点で、近時のオーストリアの改革案は注目される。2016年7月に連邦司法省が改革のための中間試案<sup>12</sup>を発表した（この段階では、国会での審議

---

10 「任意後見制度の改善提言と司法書士の任意後見執務に対する提案」(2007年2月16日)  
[http://www.shiho-shoshi.or.jp/association/info\\_disclosure/opinion/5009/](http://www.shiho-shoshi.or.jp/association/info_disclosure/opinion/5009/)参照。

11 補助類型一元論としては、新井誠「成年後見法の展望」新井誠=赤沼康弘=大貫正男編『成年後見法制の展望』（日本評論社、2011年）533頁以下、保佐制度中心主義（後見類型を保佐に吸収。補助類型は手直しを前提として存続を認めるようである）の立場としては、田山編・前掲書（注2）172頁以下〔田山執筆〕参照。

12 これは、オーストリア連邦司法省（die österreichische Justiz）のHP（2016年7月7日付）上ではBegutachtungsentwurf einer Novelle zum Sachwalterschaftsrecht（2. Erwachsenenschutzgesetz）と表現されている草案をいう。2016年9月12日までにパブリックコメントを求めたうえでその後法案にまとめるというもので、本稿ではこの草案を「中間試案」と意識した。中間試案については、そのほか上記HPには、注釈（Erläuterungen. これの引用

を経て2018年7月に施行を予定)。国連障害者権利条約との整合性をとるために2013年から検討を始めたようである。2016年9月中旬までにパブリックコメントを求めたところ100の意見書が到来したようである。この意見書のいくつかは検討に値するようであり、また、中間試案の内容が実現するためには制度運営について多額の費用（例えば成年者保護協会の人件費など）がかかる<sup>13</sup>ことが予想されるなどから、おそらく中間試案は修正を余儀なくされるだろうといわれている<sup>14</sup>。

中間試案は4つの柱からなっている。以下では、成年者任意代理を中心に中間試案の内容を紹介し、日本法の改革への示唆を得ようと思う<sup>15</sup>。

## 第2節 オーストリアの改革案

最初に、現行法を簡単に要約し、問題点がどこにあるのかを整理しよう<sup>16</sup>。

- 
- は煩雑にならない程度にとどめる)、前書き及び効果に即した結果予測 (Vorblatt und Wirkungsorientierte Folgenabschätzung, 以下ではVorblattと略称して引用する)、簡単な解説 (Erklärung in einfacher Sprache, 以下ではErklärungと略称して引用する) などが掲載されている。
- 13 Vorblatt, S. 1によれば、連邦全体では2018年に1673万9千ユーロ、2022年には1747万7千ユーロの増加費用が見込まれている。
- 14 以上については、2016年9月8日のインタビューで、オーストリアのザンクト・ペルテンのニーダーエスターライヒ州世話及び居住者代理協会本部 (NÖ Landesverein für Sachwalterschaft und Bewohnervertretung) のプリンツさんが説明してくれた。Frau Margot Prinz, herzlichen Dank für Ihre ausführliche Erklärung!
- 15 本稿は、2016年10月22日、日本ローエイシア友好協会家族法部会の第2回研究会 (会場は早稲田大学) で「オーストリア成年後見制度改革案の検討—任意代理の活用の可能性—」と題して筆者が報告した原稿を加筆修正したものである。報告の機会を提供して下さった若林昌子氏にお礼申し上げる。また、同年11月26日には、とくに任意成年者代理の構想について学習院大学法務研究所の法実務研究会で報告した。参加者から有益な指摘を受けることができた。とりわけ同研究所長・稲田龍樹教授からは、Wohlの訳について再考の機会を与えていただいた。その結果、本稿ではこれを「幸福」と訳すことにした。後掲 (注21) 参照。
- 16 オーストリア一般民法典については、現行法の場合には「現」として引用し、中間試案の場合には条数のみを引用する。なお、オーストリア世話人法については、1983年の世話人法を扱った岡「オーストリアにおける成年後見法の新たな展開」ジュリスト972号(1991年)32頁以下、田山輝明『成年後見法制の研究(下巻)』(成文堂、2000年)474頁以下があり、2006年の改正を踏まえた現行法を扱ったものとして、黒田美亜紀「オーストリアの成年後見制度」新井=赤沼=大貫編・前掲書 (注10) 189頁以下、青木仁美『オーストリアの成年後見法制』(成文堂、2015年)がある。なお、オーストリアの法律

## 1 現行法の概要

法定後見人たる世話人の選任要件は、日本法に類似している。すなわち、本人が心因的な疾患または精神上の障害により不利益を受けるおそれなしには自己の事務の全部または一部を自ら処理できない場合に、世話人が選任される（現268条1項）。本人の申請または職権で手続が開始される（管轄は地方裁判所[Bezirkgericht]）。世話人としては、近親者のうちの適当な者が選任されているようである<sup>17</sup>。適当な者がいなければ、司法大臣の監督に服する世話人協会<sup>18</sup>が推薦する者が選任される。法律的な専門知識が必要な場合には弁護士・公証人が選任される。世話人選任手続の大きな特色は、裁判官が本人に面接して、手続の理由と目的について説明し、あわせて個人的な印象を得ることである（現非訟事件手続法118条1項。以下では「非訟」と略称する。なお改正案118条1項参照<sup>19</sup>）。

世話人の職務は、本人の必要性に応じて、特定の事務、一定の範囲の事務、(2006年改正で挿入されたが「やむをえない場合に限って」)すべての事務の処理という3つに分かれている（現268条3項）。その職務範囲内の事務については被世話人の行為能力が制限される（現280条1項）。

そのほか、近親者が一定の事務について当然に法定代理権が認められている「近親者法定代理」（現284b条～284e条）、さらには日本の任意後見に相

---

の名称、条文の翻訳に際しては青木氏のを一部参考にしてている。

- 17 ちなみに、行為能力および認識・判断能力があれば本人は誰を世話人に選任してもらいたいのか、またその職務としては何を望むかについてあらかじめ指示書(Sachwalterverfügung)を作成することができる（現279条1項2文）。ただし、裁判所は、本人の幸福に合致しなければこの指示に拘束されない。Vgl. Barth/Ganner, in: Barth/Ganner(Hrsg.), Handbuch des Sachwalterrechts, 2. Aufl., 2010, S. 59ff.
- 18 オーストリア全土に4つの世話人協会があり、国から補助を受けて活動している。現行法の世話人協会の活動などについては青木・前掲書(注16)271頁以下参照。中間試案では「世話人・患者弁護士(Patientenanwälte)・居住者代理人に関する法律」を改正して「成年者保護協会法」(EschuVG)とし、協会の名称も「成年者保護協会」と改める。その権限や義務についても改正を予定している。例えば、クリアリング（後述2⑦参照）は義務化される。同法4a条参照。
- 19 中間試案では、まずは成年者保護協会がクリアリングで任意成年者代理、法定成年者代理の可能性をチェックし、それらが利用できない場合に裁判所選定代理が問題となり、そのときに初めて裁判官は本人に面接するということになる。Vgl. Erläuterungen, S. 57.

当する「事前配慮代理」(Vorsorgevollmacht, 284f条～284h条)もある。

世話人は、少なくとも毎年(2006年の改正前は3年に一度でよかった)、本人と個人的に面接して本人の生活状況、精神・身体の状態について裁判所に報告しなければならない(現非訟130条<sup>20</sup>)。また、裁判所は、5年を超えない適切な期間内に、本人の幸福<sup>21</sup>が世話の終了または変更を必要としないかどうかを調査しなければならない(現278条3項)。

2006年に導入された「近親者代理」について簡単にまとめておくと<sup>22</sup>、精神的障害等のために日常生活における法律行為を自ら処理できず、他方世話人、任意代理人等がない場合、近親者の一人が当然に法定代理権を行使できるというのである(現284b条1項)。近親者とは、両親、成年の子供、本人と同一の家計で生活している配偶者または登録された同性婚の相手方、および本人と少なくとも3年間家計を同一にしている内縁関係にある者を指す(現284c条1項)。近親者は、本人の現在の収入・介護給付について日常生活に必要な限度で処分する権限がある。身体の完全性・人格に対する重大な侵害または持続的侵害とならない限度において、本人に必要な認識・判断能力が欠けていれば、医療行為に対する同意も可能である(現284f条3項、現283条2項)。重大な侵害となりうる場合には世話人を選任しなければならない。

近親者が複数いる場合、誰でも1人で代理行為が可能で、相互に矛盾した法律行為が併存した場合にはどれも無効とされる(意思表示の時期は関係ないという)。ただ、実際上は最初の意思表示に基づいて法律関係が形成されるようである。近親者は代理権を引き受けた旨本人に知らせなければならない。本人に理解力等が欠けていても、本人が近親者に異議を唱えていた限り、この近親者代理権は発効しないか、あるいは終了することになる。これは、近親者といえども代理人として適しているとはいえない場合もあろうし、

---

20 中間試案の非訟130条は、より詳細な規定を設けている。例えば、本人の生活状況の報告のほかに、財産・収入の管理を任される場合には財産状態の説明を代理権発生後4週間以内に裁判所にしなければならない(同条1項)。

21 Wohlの翻訳である。通常は「福祉」と訳すだろうが、その意味が必ずしもはっきりしないように感じるので、本稿では試みに「幸福」と訳してみた。

22 以下の現行法の説明は青木・前掲書(注16)103頁以下による。

そもそも本人の希望と関係なく発生する可能性があるので、できるだけ本人の意向を反映させようとしているのだと説明されている。近親者は代理権行使前にオーストリア中央代理権登録簿に登録しなければならないが（現284e条2項1文）、それなくしても近親者代理権は発生するといわれており、登録をしないことの制裁規定もない。近親者が代理権を証明するには、登録事項証明書が利用される。これを信頼した善意無過失の第三者は保護される（現284e条2項2文、4文）。

## 2 現行法の問題点

現行法にはどのような問題があるのか。以下の諸点が指摘されている<sup>23</sup>。

- ①世話人制度の利用は2003年に約3万人だったのが、2015年には約6万人と倍増した<sup>24</sup>。そのうちの50%以上が被世話人の「あらゆる事務」について世話人が選任されている<sup>25</sup>（現268条3項3号）。本来、条文上は例外的な場合にこの種類の活用が考えられていたはずである。また、事前配慮代理や近親者法定代理は実務に浸透していない。
- ②事前配慮代理と近親者法定代理とが競合してしまい、法的安定性を害している。
- ③多くの市民が認識・判断能力等を喪失した段階で初めて事前配慮代理を考えるが、事前配慮代理の要件を満たさないので利用できない。事前配慮代理は、契約締結の段階では行為能力（Geschäftsfähigkeit）、認識・判断能力、あるいは（意思）表明能力（Äußerungsfähigkeit）があることが前提である。
- ④世話人が選任されると、被世話人の行為能力が（世話人の職務範囲内については）自動的に制限されてしまう。そして、大抵は、被世話人の終末まで世話が継続してしまう。

---

23 Vgl. Vorblatt, S. 4ff., Erläuterungen, S. 2f. なお、1983年の世話法定後の施行状況および問題点については青木・前掲書(注16)72頁以下参照。

24 出典は、オーストリア連邦司法部HPの2016年7月7日付「世話法改革が計画されている（第2次成年者保護法）」の記事による。

25 Erläuterungen, S.3.

- ⑤（世話人であれ事前配慮代理人であれ）代理人は本人の身上および家庭の事務について活動できるのか、できるとしてもどの程度までかについてははっきりしない。
- ⑥本人は医療行為の際に時として埒外におかれることがある。
- ⑦世話人協会のクリアリング（世話人制度の利用の前にまずはそれ以外の可能性、特に事前配慮代理の可能性を検討すること）が2006年の改正法によって導入されているが、必ずそうしなければならないという体制になっていない。
- ⑧世話人にふさわしい適格専門公証人・弁護士がいるにもかかわらず、それについての明確な規定がなされていない<sup>26</sup>。
- ⑨成年者の法的監護（Rechtsfürsorge）として「世話人」（Sachwalter）というネーミングは時代にそぐわない。

### 3 中間試案（改革案）について

#### (1) 概要

まず、制度自体の名称を「世話」から「成年者代理」と変更する。また、中心的な概念として、2001年の親子法改正で民法（例えば現283条3項）に規定された「認識・判断能力」（Einsichts- und Urteilsfähigkeit）に代えて、「決定能力」（Entscheidungsfähigkeit）という新たな概念を導入する。この決定能力を有する者とは、なすべき法的行為の「意味と効果を理解し、それに相応してふるまうことができる者」と規定されている（24条）。医療行為の例で説明すると、肺の治療が問題となる患者に決定能力があるとは、肺とは何か、どの部分に治療がなされるのか、それをした場合としない場合とで結果はどう違うのかといったことを理解する能力があることである。

決定能力の有無はしばしば支援の問題でもあるという。人は、適切な（例えば、会話が困難だったり、説明時間が少ないといった外部の障害を克服す

---

26 中間試案では、例えば弁護士法10b条1項2号に適格専門職弁護士とはどういう者を指すか規定されている。そして、その者は適格専門職弁護士リストに登録され、弁護士会のウェブサイト公表される（弁護士法10b条2項参照）。

るためになされる）支援によって決定能力の範囲を拡大することができるのだという<sup>27</sup>。人が権利を得たり義務を負担するためには、つねに決定しなければならない。そこで中間試案ではこれを「決定能力」と称することにしたのである<sup>28</sup>。

ちなみに、中間試案は、行為能力概念を民法に初めて定義した。必要な部分を見ておこう。865条1項「行為能力とは、自己の行為によって法律行為上権利を得たり、または義務を負担する人の能力のことである。それは、人に決定能力があることが前提であり、成年者の場合には推定される；未成年者の場合は170条、171条、成年者の場合は243条2項を考慮しなければならない。」2項「単に利益になる約束はすべての者が承諾できる。」3項「行為能力のない成年者の法律行為は全体として無効であるが、ただし、その者が当該法律行為につき代理権限のある事前配慮代理人又は成年者代理人を有している場合は別である。この場合は、法律行為は、代理人及び場合によっては裁判所の許可があれば有効である。第2項及び243条3項は〔この場合に一訳者注〕関係ない。」4項は未成年者の法律行為についての規定であり、ここでは省略する。5項「3項及び4項により必要となる同意がなされるまでは、（契約の）相手方は自己の契約の意思表示に拘束されるが、代理人による同意〔の有無一訳者注〕について相当な期間を定めることができる。」

次に、中間試案は4種類の成年者代理を規定している。すなわち、①事前配慮代理（Vorsorgevollmacht）、②任意成年者代理（Gewählte Erwachsenenvertretung）、③法定成年者代理（Gesetzliche Erwachsenenvertretung）、④裁判所選定成年者代理（Gerichtliche Erwachsenenvertretung）である。このうち、③は従来の近親者代理に、④は現行の世話人制度に相当する。

中間試案は一般規定（240条～259条）と上記各類型についての特別規定に分かれている。一般規定は、I法律取引への参加、II代理の選任及び期間、III代理人の特別な権利と義務、IV身上配慮、V財産管理、VI裁判所の監督から成り立っている。以下では、中間試案の通りに説明するのではなく、と

---

27 Erläuterungen, S.9.

28 Erläuterungen, S.5.

くに任意成年者代理の規定を説明する過程で、総論規定についても説明することにする。

## (2) 合意をベースとしない類型

(1) の③と④がこれに相当する。簡単に内容を見ておくことにしよう。まず、③法定成年者代理についてまとめると、本人が「心的疾病またはそれに類する決定能力の障害により不利益の危険性なしには自分で事務処理ができない」が、「そのための代理人が」おらず、「代理人をもはや選任できない」場合に、本人が「法定代理に異議を述べなかった」ならば、個別の事務のほか、収入、財産、通常の経済活動における債務の管理等の事務（269条1項。後述4(3)のうち「個人の自由を守ることを除いた事務」の全部または一部を「1人または複数の近親者」が代理して処理するものである（268条1項）。近親者とは、現行法（現284c条1項）より範囲を広げて、両親、祖父母、成年の子供、孫、兄弟姉妹、甥、姪、配偶者、登録された同性婚の相手方、本人と少なくとも3年間家計を同一にしている内縁関係にある者、さらに本人が成年者代理の指示の際に挙げた者を指す（268条2項）。法定成年者代理は、公証人・弁護士・成年者保護協会（現行法の名称は「世話人協会」）によってオーストリア中央代理権目録（Österreichisches Zentrale Vertretungsverzeichnis。以下では「中央代理権目録」と略称する）に登録され（270条1項）、そして効力を生ずる<sup>29</sup>（245条2項）。法定成年者代理人の権限濫用を防止するための裁判所の監督は、任意成年者代理人の場合と同様である（後述4(9)参照）。

つぎに、④裁判所選定成年者代理とは、「心的疾病又はそれに類する決定能力の障害により不利益の危険性なしには自分自身で自己の事務を処理できないこと」、事務処理のための代理人がないこと、代理人をもはや選任できないこと、法定成年者代理が考慮できないことの要件が満たされた場合に、裁判所が本人の申立または職権で裁判所選定代理人を選定することである（271条1項）。本人を保護するための最後の手段がこの裁判所選定成年者代理

---

29 現行法では、近親者であれば法律上当然に代理権を行使できる。

なのである。

裁判所選定成年者代理人の職務は「現在処理すべきでありかつ明示された個別又は複数の事務」の処理に限定される（272条）。現行法のようにあらゆる事務の処理をすることは許されない。また、事務処理終了後、または遅くとも任命後3年で代理は終了する（246条1項5号）。

ここで注目すべきは、代理人を選任できないことの意味である。解説によれば<sup>30</sup>、一方で十分な決定能力がないために選任できないという場合もあるが、他方で、近親者がいないか、またはいても代理を引き受けないとか、適任ではないという場合を念頭に置いているのである。成年者代理人としては、（近親者を優先的に任命すべきだが、それが見つからない場合には）成年者保護協会または公証人、弁護士が任命される（274条）。

この類型だけは、「本人にとって、重大で著しい（ernstlich und erheblich）危険を避けるために必要な限り、裁判所は、裁判所選定成年者代理の効力範囲内で」同意の留保を命じなければならない（243条2項）。代理の対象によって成年者代理人または裁判所の同意（許可）を必要としている。「重大で著しい危険」とは、一方では、本人が自己の行為により危険にさらされるといった漠然としたものではなく、訴訟が提起されているとか、不利な内容の契約が締結されているといった例のように具体的で明確なものでなければならない。他方で、本人に対し差し迫っている損害が重大であることも必要である。それは重大な身体的損害だけでなく、著しい財産損害も念頭に置かれている<sup>31</sup>。

なお、裁判所の監督について、他の類型の成年者代理と比べてかなり細かに規定されている（259条3項参照）。

### （3）事前配慮代理

合意をベースとした類型としては、事前配慮代理（260条～263条）がある。要件としては、授權時に本人に十分な決定能力があり（263条2項参照）、個

---

30 Erläuterungen, S.35.

31 Erläuterungen, S.19.

別の事務または一定の種類的事务について授権するのである（261条）。現行法と同じく、授権者が「ゆだねた事務の処理について必要な決定能力を失った（現284f条では「行為能力、認識・判断能力または意思の表明能力を失った」）場合に発効させるものでなければならない（260条）。

方式としては、公証人・弁護士・成年者保護協会の面前で授権することが必要である（262条1項。以下では「公証人等」と略称する）。そして、立ち会った公証人などの専門家が中央代理権目録に登録する（263条1項）。

授権者は、事前配慮代理の法的効果、事前配慮代理権を一般的にまたは特定の事務について転授権することを拒絶できること、2人またはそれ以上の人数を代理人としたうえで共同代理とすることができること、さらにいつでも授権を撤回できることについて、教示を受けることができる（262条2項1文）。そして、公証人等はこの教示をしたことを代理権証書に名前・住所とともに明記して署名しなければならない（262条2項2文）。

公証人等は、事前配慮代理の授権段階ですでに授権者の決定能力、配慮事態（Vorsorgefall）の発生、または代理人の適性に疑問を抱いた場合には、事前配慮代理権証書の作成または効力発生のための登録を拒絶しなければならない。そして、この拒絶は中央代理権目録に登録される（263条2項）。

事前配慮代理は、本人の決定能力が喪失して公証人等がその旨を中央代理権目録に登録することによって効力が生ずる（263条1項）。こうすることによって現行法の問題点とされていた法定成年者代理（現行法の「近親者代理」）との競合を避けることができるという。裁判所は、医療行為について本人と事前配慮代理人との間に意見の食い違いがあるとき（254条2項）、あるいは、海外に住所を継続的に変更する場合に（257条2項2文）同意をする形で介入する。

権限濫用防止策としては、次に述べる任意成年者代理のような代理人の報告書の提出などは義務づけられていないが、「本人の幸福が危険にさらされているときには、裁判所はいつでも職権で（本人の）幸福を守るために必要な処置を講ずることができる」（259条4項）とあり、裁判所の監督が背後に控えている。

#### 4 任意成年者代理

合意をベースとした第2の類型として、任意成年者代理が新たに規定された。この類型についてやや詳しく紹介しよう<sup>32</sup>。

##### (1) 要件

（成年者が265条3項で列挙された）事務の全部または一部を「心的疾病又はそれに類する決定能力の障害により自分自身では処理できないが、なお授権の意味及び効果を総体として理解し相応にふるまう（sich entsprechend zu verhalten）ことができる<sup>33</sup>」場合に、1人または複数の者を成年者代理人に選任できる（264条1項）。複数の成年者代理人に授権する場合には、事務の分掌を定めることができる（244条3項）。授権は、書面で、公証人等の面前で行う（266条）。

合意（Vereinbarung、委任契約のことだろう）の際、公証人等から当事者双方は、成年者代理とはどういうものか（Wesen）、その効果および成年者代理人の権利・義務について教示を受けることができる（266条2項1文）。この合意は公証人等によって中央代理権目録に登録され（267条1項）、それによって効力が生ずる（245条2項）。

公証人等は、本人の決定能力の存在に疑いを抱いた場合には登録を拒否し、その拒否の旨登録しなければならない（244条3項）。「本人の決定能力の存在に疑いを抱いた場合」とはどのようなことを意味するのであろうか。特定の事務、例えば医療行為についての契約締結は自分ではできないが、それについての授権の意味・効果は理解できるとしよう。しかし、収入・財産の管理という事務については授権の意味が理解できないということも考えられるのではないか。本人が医療契約、収入・財産管理の双方について任意成年者代理権授与契約を結んだ場合、公証人は後者の事務について本人に決定能力がないことがわかることもあろう。その場合には、公証人は授権の範囲を修正させて改めて契約締結を促すか、それについて特に本人の承諾が得られない

---

32 264条～267条にこの類型の特則が規定されているが、かたや一般規定も適用される。

33 これは「減退した（gemindert）決定能力」といい（Erklärung, S. 32）、決定能力の喪失（Entscheidungsfähigkeit verlieren、例えば260条参照）とは異なる。

ときには任意成年者代理の登録を拒否することになるのではないか。それにもかかわらず、本人にとって収入・財産管理の事務処理が必要となる場合は、裁判所が（現行法と同じく）本人の申立または職権で裁判所選定成年者代理人を選任し、その者にその事務処理をさせることになろう（271条1項参照）。その際、任意成年者代理人の場合と同様に、できるだけ本人が行為できるように支援をしなければならないだろう（242条参照）。そして、裁判所選定成年者代理は代理人の事務処理後は（最大3年で）終了するが（246条1項5号）、それ以外の事務処理について授権されている任意成年者代理人は依然として活動することになるだろう。つまり、2つの成年者代理は併存していると考えられる（第3節（5）で述べるが、この法定後見と任意後見との併存を認めない日本の任意後見契約法の制度設計には問題がある）。

さて、任意成年者代理人を選任できるといっても、それによって任意成年者代理人に代理行為を任せるということには直結しないだろう。一般規定の冒頭の240条によれば、障害により決定能力が制限されている成年者といえども、「できるだけ独立して、必要な場合には相応の支援を受けて」「取引に参加できなければならない」という自己決定の原則がうたわれている。これは、代理人の支援により本人が行為することを念頭に置いていると理解すべきであろう。一方、代理を自ら計画し、または自己の権利や利益を守るために代理が不可避である場合には、本人は代理人を通してのみ法的取引に参加することも規定されている（241条1項）。「自己の権利や利益を守るために代理が不可避である場合」とは自分で処理したのでは不利益が生じてしまう場合だと解するならば<sup>34</sup>、まさにこの場合に代理人の「相応の支援」によって本人に取引行為をさせることが中間試案の理念に合致するのではないだろうか。「代理の不可避」と本人が代理人の相応の支援を受けて取引に参加することとの関係が明瞭になっていないように思われる。

ちなみに、総論の240条では、「必要な場合には相応の支援を受けて」と規

---

34 2016年10月16日付の岡の質問に対するFrau Prinz（前注14参照）の説明（同20日付。メールでのやり取りによる）。

定されているだけだが、任意成年者代理人（または事前配慮代理人<sup>35</sup>）は、「本人がその能力や自分でできる範囲内で、自己の希望や観念（Vorstellungen）により自己の生活関係を形成できるように努めなければならない、そして、できるだけ自己の事務を自ら処理できるようにしなければならない」（242条1項）と規定されている。これが代理人の（本人に対する）支援の根拠条文といえよう。

## （2）成年者代理人の資格・受任件数の制限・代理の終了

### 1) 成年者代理人の資格

法定代理人を必要としていたりあるいはすでに法定代理人がついている保護権利者（schutzberechtigt. 21条3項）、刑事判決を受けて成年者の幸福を促進する代理権の行使が期待できない者、成年者が滞在していたりまたそこで世話を受けている施設と従属的な関係または比較的密接な関係に立っている者は、成年者代理人にはなれない（244条1項）。

成年者代理人としては、本人と信頼関係にある者が選任され、それは必ずしも近親者とは限らない。友人でも隣人でも代理人になりうる<sup>36</sup>という。

### 2) 任意成年者代理人の受任件数の制限

成年者代理人は、1人当たり何人まで要保護者を代理できるのか。成年者保護協会を除いて通常は5人までであり、公証人や弁護士の場合は25人までと規定している（244条2項2文）。特別に認定され（前注26の中間試案・弁護士法10b条や同・公証人法134a条を参照）適格弁護士・公証人として登録されている（事前配慮代理人または裁判所選定代理人として適格だとして登録されている）場合にはこの人数制限を受けない（244条2項2文ただし書）。なお、このような受任件数の制限は個別の事務処理の代理の場合には適用されない（同条2項3文）。

### 3) 成年者代理の終了など

---

35 4の項目（任意成年者代理）で総論の条文が任意成年者代理に関するものの大半が事前配慮代理にもあてはまるが、煩雑になるのでその都度の言及は省略する。

36 Erklärung, S. 32.

成年者代理は、本人または代理人の死亡、裁判所による任意成年者代理権の消滅の決定（246条3項）、または成年者代理の撤回・告知を中央代理権目録に登録することによって終了する（同条1項）。

本人は授權を撤回することができ、それは代理されたくない（他人に）認識させれば足りる。ここでは決定能力も方式の順守も不要である<sup>37</sup>。この撤回権を放棄することはできない。代理人は、撤回を中央代理権目録に登録させるようにしなければならない（246条2項）。

### (3) 代理権の範囲—総論

代理権の範囲としては、個別の事務のほか、一定の領域の事務として、行政手続の代理、収入・財産の管理、通常の経済活動における債務の管理・その枠内の法律行為の締結、介護・世話の必要性をカバーするための法律行為の締結、医療行為の決定およびそれに関連する契約の締結、住居変更・老人ホーム契約の締結、（措置入院法[Unterbringsgesetz]、施設滞在法[Heimaufenthaltsgesetz]などにより措置の執行に対して<sup>38</sup>）個人(本人)の自由の権利を守ることが挙げられている（265条3項）<sup>39</sup>。

また、任意成年者代理人は本人と共同してのみ（特定の事務についてであれば、授權された事務につき一般的に）代理行為<sup>40</sup>をするという合意もできる（同条2項）。

ちなみに、本人が代理権限を閲覧権・情報提供権に制限することも可能だとしている（同条4項2文）。具体的な例としては<sup>41</sup>、任意成年者代理人は本人の口座の状態について銀行から情報を収集し、それに基づいて本人を支援して行為させると説明されている。この規定の目的は、本人の自己決定とそれに基づいた本人自身の行為を強化することにあるという。

---

37 Erläuterungen, S.22.

38 Erläuterungen, S.33.

39 授權はこれら全部の事務についてでもそのうちの一部についてでもかまわない。Vgl. Erläuterungen, S.33.

40 本人が書面で同意をして代理人が代理行為をすることもありうると考えられている。Vgl. Erläuterungen, S.33.

41 この部分の説明は前注34のFrau Prinzの回答による。

成年者代理人の職務について少し詳しく見ていくが、中間試案はまず身上配慮を規定し、その後に財産管理の規定を置いているのが特徴といえる。

成年者代理人は、本人に対して、身上・財産に関する重要な措置をこれから行おうとしていることを適時に伝え、その際、適切な期間を設けて本人に意見を表明させなければならないとある。そして、本人の意見は、本人の幸福が危険にさらされない限り考慮しなければならないとされている(242条2項)。

なお、任意成年者代理は、事前配慮代理と同じく、本人の行為能力を制限しない(243条1項)。「決定能力のない成年者が自己の生活関係を越えない日常生活の法律行為を締結したときは」自己の義務の履行によりその法律行為は遡及的に有効となる。これは、(裁判所選定成年者代理で問題となる)同意の留保があった場合にもあてはまる(243条3項)。

#### (4) 身上配慮

任意成年者代理人は、身上配慮について、別段の定めがない限り、①それが自己の職務に含まれており、②本人には決定能力がなく、③代理が排除されているということが法規から明らかにならなく、④代理をすることが本人の幸福を守るために必要である場合に、代理行為ができる(250条1項)。本人の幸福が危険にさらされない場合には、代理人の予定している代理行為を本人が拒否しているということを本人が代理人に認識させるときには代理行為をしてはならない(250条2項)。本人が拒絶し、かつ、本人の幸福を危険にさらさないにもかかわらず、任意成年者代理人が代理行為をした場合には、それは無効である<sup>42</sup>。

また、別段の定めをしなければ(250条5項)、宗教団体への加入・脱退、教育・修行・労働契約の早期の解消、子の認知など(現167条2項に規定する)重要な身上配慮事務については裁判所の許可が必要である(250条3項)。また、本人が他人と個人的に接触したり、文書をやり取りする権利を代理人は勝手

---

42 Erläuterungen, S.24f.

に制限することができない<sup>43</sup>（250条4項）。

#### （5）医療行為

中間試案は詳細な規定を用意している<sup>44</sup>。本人に決定能力がある限り、本人のみが医療行為に同意することができる（252条1項）。本人の決定能力に疑いがある場合には、治療する医師は、近親者、信頼できる者、患者に自己の意思を形成させ、それを表明するよう支援できる特別な訓練を受けた専門家を呼ぶ努力をしなければならない（同条2項）。ただし、同意をとる努力をしたために治療が遅滞することによって生命の危険・健康の重大な侵害の危険・（本人にとって）非常な痛みにつながるおそれがある場合には、治療を受ける者の同意は得なくてもかまわない（同条3項）。

本人に決定能力がない場合には次のように規定されている。まず、治療時点で本人に決定能力がない場合でも、治療する医師は「医療処置の基本的な内容の説明をし」、本人の意見を聴取しなければならない（253条1項）。つぎに、医療行為に際しては、本人に決定能力がない場合には、任意成年者代理人の—それが職務範囲に入っている限り—同意が必要である（同条2項1文）。成年者代理人は本人の意思を考慮しなければならない（同条2項2文）。さらに、医療行為の遅滞によって生命への危害（Gefährdung）、健康の重大な損傷の危険（Gefahr）または非常な痛みが差し迫っている場合には、成年者代理人の同意は不要である（同条3項1文）。また、本人に同意権限を有する任意成年者代理人がおらず、かつ、危険が差し迫っているために治療を可能な限り2週間以内に行わなければならない場合も、疑わしいときは同意は不要である（同条3項2文）。治療が2週間を超えることが予想できる場合には、治療は行いつつ、遅滞なく裁判所に成年者代理人の選任または（成年者代理人がい

---

43 本人に決定能力がない場合でも代理人は制限できず、この問題は一般の権利保護装置（執行規則382b条〔住居における暴力からの保護〕、382c条、382 g条など）を使うしかないという。Vgl. Erläuterungen, S.25.

44 医療行為の代諾に関するオーストリア現行法については、青木仁美「オーストリアにおける医的治療に関する代弁人の同意権」田山輝明編『成年後見人の医療代諾権と法定代理権』（三省堂、2015年）86頁以下参照。

る場合には代理人の職務範囲の拡大を求めなければならない(同条3項3文)。

決定能力のない本人が治療時点で事前医療指示書 (Patientenverfügung)<sup>45</sup>で今まきに行われようとしている治療を拒絶しており、この指示書がこれまでに撤回されていない場合には、その治療は代理人の関与なしには行うことはできない (同条4項)。

決定能力のない本人が治療やその継続を拒絶していることを認識させる場合には、代理人の同意に加えてさらに裁判所の許可が必要である (254条1項)。代理人がこのような治療やその継続に同意せず、それが本人の意思に合致しないときには、裁判所は代理人の同意を補充し (ersetzen)、または他の代理人を任命することができる (同条2項。なお、同条3項は、裁判所の許可、同意の補充または他の代理人の選任が不要である場合を規定している)。

#### (6) 継続的な生殖不能を目的とする手術 (Sterilisation) ・医学上の研究 ・住居の変更

「継続的な身体的苦痛のために生命への危害または健康の重大な損傷の危険が生じている場合」を除いては<sup>46</sup>、成年者代理人は継続的な生殖不能を目的とする手術の同意権はない。成年者代理人が同意できる場合でも、さらに裁判所の許可が必要である (255条)。

また、成年者代理人は、本人の健康に直接有用である場合を除いて、「本人の身体の完全性の侵害又は人格の侵害と結びつく研究に対して同意することはできない」 (256条1文)。成年者代理人が同意できる場合でも、裁判所の許可が要求されている (同条2文)

さらに、住居の変更は、本人に決定能力がある限り、本人のみが決定でき

---

45 2006年に制定された事前医療指示法2条1項では、事前医療指示とは「患者がある医学的治療を拒絶し、治療の時点で」患者の認識・判断能力または(意思の)表明能力がなくなったときにのみ効力が生ずる意思表示のことでであると定義されている。オーストリアの事前医療指示法の特色は、患者の医療行為の拒絶に焦点を合わせている点である。この点、ドイツでは事前医療指示で(特定の)医療行為の同意か拒絶かの意思の表明が認められている (1901a条。これは2009年の第3次世話法改正で民法に規定された)。ドイツ法については、簡単ながら青木・前掲書 (注16) 111頁注241参照。

46 この場合には、本人の決定能力の有無は問題とならないのだろう。

る（257条1項）。本人に決定能力がない場合には、成年者代理人は、職務にそれが含まれている限り住居変更の決定をすることができる。ただし、住居が継続的に変更される場合にはさらに裁判所の許可が必要である（同条2項）

#### (7) 財産管理

成年者代理人は、本人の財産・収入の管理を任されている場合には、本人の財産・収入でその個人的な生活関係にふさわしい要求を満足させなければならない」（258条1項）。本人の財産の投資、投資形態の変更、（債務者からの）弁済の受領については、未成年者の財産に関する規定（現215条から現221条まで、および現224条）が準用される（258条2項）<sup>47</sup>。そして、財産の事務処理が所有不動産の譲渡・担保など通常の経済活動に属さない限り、裁判所の許可が必要である（同条3項）。

#### (8) その他

中間試案は、「代理人の特別な権利と義務」の項目で、以下の3つについて規定を置いている。簡単に見ておこう。

##### 1) 接触

成年者代理人は、職務が個別の事務処理でない限り、個々の事情によって要求される頻度で本人と接触（面会・訪問）をしなければならない。最低月に1回が要求されている（247条）。

##### 2) 守秘義務

まず、成年者代理人は原則として裁判所に対する場合を除いて守秘義務が課せられている（248条1項）。しかし、本人の配偶者、両親、子どもなどから求められた場合には、「本人の精神的かつ身体的状態や、住居、及び自己の職務範囲」について情報を提供しなければならない（同条2項1文）。ただし、「本人が別のことを指示し、あるいはそのような情報提供を望まない」と知らしめたり、又は情報提供が本人の幸福に反する場合には」情報提供はし

---

47 例えば、本人に対する1万ユーロを超える債務の弁済を代理人が受領する場合には、裁判所の許可が必要である（現224条）。

ない（同条2項2文）。なお、（守秘義務免除について）決定能力のある本人が守秘義務を免除したとき、本人に公表の義務があるとき、または、公表が本人の幸福を守るために必要であるときには、成年者代理人には守秘義務はなくなる（同条3項）。

### 3) 責任・費用償還

成年者代理人は、自己の過失で本人に損害を与えた場合には責任がある。裁判所は、「あらゆる事情、特に有責の程度または本人と特別近い関係を考慮して」、（賠償義務が）不当に厳しくなる場合に限り、賠償額を減額したりまたは全免することができる（249条1項）。さらに、成年者代理人が必要な費用を支出したとき、（将来ありうべき責任に対処するために締結した際の）損害賠償責任保険の保険料などについて、「それによって自己の生活に必要なものを満足させることにつき[本人の財産を一引用者注]危険にさらさなければ」本人は費用償還に応じなければならない（同条2項）。

### (9) 権限防止策

中間試案では、4つの成年者代理全体に適用する一般規定の中で、「裁判所の監督」が規定されている<sup>48</sup>。これが成年者代理人の権限防止策とされているのであろう。まず、裁判所に対して、成年者代理人は、「本人の生活関係、精神的・身体的状態」（の所見）を毎年報告しなければならない（生活事情報告。259条1項）。つぎに、成年者代理人が本人の財産・収入管理を任されているときには、裁判所に対して、「財産管理を始める際に、その後は毎年、そして最終的には財産管理の終了に際して、財産状態の根本的な調査によって個々の財産を報告」しなければならない（財産状態の説明。同条2項1文）。また、裁判所は、いつでもこのような説明を求めることができる（同条2項2文）。代理人が本人の幸福のためには財産管理を行っていないことについて明らかでない場合には、裁判所は会計書面の提出を要求できる（同

---

48 ちなみに、この規定は裁判官・司法補助官の人員の増加がなければ実効性がなく、財政的手当の見込みがなければ実現不可能だと考えられているようである。これは、前注34のFrau Prinzの回答による。

条2項3文)。本人の幸福が危険にさらされているときには、裁判所はいつでも職権で幸福を守るために必要な措置をとることができる（同条4項）。

特に成年者代理人の財産管理についてのチェックは、10万ユーロを超えない限り原則として司法補助官(Rechtspfleger)が担当する(司法補助官法・現19条参照)<sup>49</sup>。

なお、本人は複数の任意成年者代理人に事務を委任できるので(264条)、そのうちの一部の成年者代理人に他の成年者代理人の監督を職務とする事務(個別の事務。265条3項参照)の委任も可能だと思われる。

### 第3節 日本法への示唆—任意後見制度の手直し

#### 1 はじめに

筆者は、2015年の段階で入手しえたオーストリア改革案の簡単な骨子をもとにして、任意代理の活用を考え、まとめてみた<sup>50</sup>。意思能力を相対的に把握したうえで、代理の意味を理解できる限り、各地の成年後見センターと（任意代理の活用を理解している）地元の金融機関の立会いのもとで授権により代理人を選任し、授権の範囲も限定する。代理人は、本人の近親者等の協力がある限り、職務に応じて本人を支援しつつ本人に行為をさせる。身体障害などで本人が行為できない場合に代理行為を行う。この場合は成年後見センターが代理人の監督を行う。センター内には通常専門家などからなる委員会が設置されており、その委員会がセンターの名のもとで監督業務を行うわけである。まずは財産管理を念頭に置いた任意代理を考えてみた。新たな制度・システムを作る場合全国一律を念頭に置きがちであるが、それは困難である。成年後見センターの活動も地域によって異なるし、なによりも地元の金融機

---

49 Müller/Prinz, Sachwalterschaft und Alternativen—Ein Wegweiser, 2.Aufl., 2010, S.100; Hengl/Mänhardt, in: Barth/Ganner(Hrsg.), Handbuch des Sachwalterrechts, 2.Aufl., 2010, S.562ff.

50 岡「国連障害者権利条約を踏まえた日本の成年後見制度の再検討—任意代理権の活用—」草野=岡・前掲書(注2)279頁以下参照(現行法の枠内で実行は可能)。

関<sup>51</sup>の理解を得ることは至難の業であろう。このシステムが利用できる地域からまずはやってみることが重要である。ただし、近親者の協力が得られない場合には、任意代理の活用は難しいだろう。

## 2 オーストリアからの示唆（立法論）

以下では、中間試案から日本法とりわけ任意後見制度の改革に示唆を得られるものを整理してみたい。

### (1) 授権時の意思能力の程度

オーストリア中間試案では、決定能力の障害により自分自身で事務を処理できないことが任意成年者代理の出発点である。決定能力がある場合には事前配慮代理が用意されているが、こちらは決定能力が喪失して初めて効力を発生させるものである。

これに対して、日本の任意後見契約法は、法定後見の補助類型に相当する・事理弁識能力が不十分になった段階で効力を発効させることができる（もちろん、任意後見監督人の選任が必要である）。日本の実務では、即効型もあるといわれている。すなわち、判断能力がやや減退した本人が任意後見契約を締結し、すぐに任意後見受任者が任意後見監督人の選任を申し立てるというものである。これならば、オーストリアのように決定能力がある場合には事前配慮代理、それが不十分な場合には任意成年者代理というように、類型を2つに分けなくてもよさそうにも思われる。しかし、この点はさらに検討が必要であろう。さしあたりここではオーストリアの任意成年者代理をモデルにして、日本の立法論を考えてみたい。

日本でも意思能力を法律行為によって相対的にとらえるということはすでに下級審裁判例でも認められている。一例を挙げてみよう。神戸地裁姫路支判平成24年2月16日（金融法務事情1991号136頁）は、銀行Yと投資信託などの契約を結んだXの意思無能力を認め、契約は無効だとした。その根拠とし

---

51 法人後見に取り組みつつある金融機関のような問題意識をはっきり持っているところに期待したい。斎藤修一「しんきん成年後見サポート」実践成年後見60号（2016年）50頁以下参照。

て裁判所は次の諸点を指摘している。(イ)昭和21年生まれのXは長年トラック運転手として働き、投資信託とは無縁の人生を過ごしてきた。(ロ)平成18年頃(60歳前後)からは急激に体調を崩し、これに伴って意識障害・見当識障害も認められはじめた。(ハ)本件契約締結の直前には自転車の転倒により左急性硬膜下血腫の障害で入院していた。(ニ)「飲酒のため(入院中に飲酒したという事実自体からも、Xの意思能力の著しい低下を優に認めることができる)」事実上退院を余儀なくされたが、「Xの意識障害・見当識障害が治癒した」とはいえない。(ホ)退院後も妻の顔がわかる程度であり、本件契約成立後まもなく(他の病院に)再入院に至っている。このような事情のもとで、Yの担当者の説明の相手はもっぱらXの妻であった(妻も内容を理解したとはいえない)。Xは本件金融商品の内容も全くわからずに合計約2000万円の契約を結んだのである。興味深いのは、Xが本件訴訟の提起・遂行を弁護士に委任する意思表示をしている点から見て、Xには意思能力がないとはいえないというYの主張に対する裁判所の判断である。すなわち、「意思表示の時期が大きく異なる点をおくとしても」(契約締結は平成19年1月。弁護士に訴訟を依頼したのは平成22年7月)、「意思能力があるかどうかの判断はどのような意思表示を行うかによって違いうる。そして、民事訴訟や弁護士の役割といった事柄は、義務教育においてその初歩が教育され、その後も市民社会を通じてテレビ・新聞などの報道や映画・ドラマ・小説等の娯楽を通じても取得しうるのであって、訴訟行為の委任とXには全く基礎知識がなかった『投資信託』とを、同列に論ずることはできない」と指摘して、Yの主張を退けた。本件はその後控訴され、大阪高判平成24年9月2日(金融法務事情1991号122頁)は、次の諸点からXの意思無能力を否定した。すなわち、①入院中は相当程度理解力が欠けた時期があったようだが、Xは付き添っていた妻と会話をしていたし、退院当時は食事の介助は不要で、排泄・更衣も自分でできた。②Yの担当者がXの自宅を訪問した際、Yにとくに異常な言動は見られなかった。③Xは、本件契約締結の際に自ら「投資信託総合取引申込書、投資信託設定注文書などの必要書類に署名押印した」。④Xは「重要事項お客さま確認書と預金との違いや元本欠損リスクと要因を理解していることを確認するため

の項目のチェック欄にチェック」した。大阪高裁は、意思能力の箇所ではなく、勧誘行為の違法性（とくに適合性原則の違反）を判断する箇所で、④Xは、Yの担当者に3000万円程度の金融資産があることを告げていること、投資信託以外に何かないと質問したので、担当者が保険商品を紹介したことなどを認定している。

高裁で認定された④からすれば、Xに意思能力があったとした大阪高裁の判断は納得がいく<sup>52</sup>。

さて、中間試案でこの任意成年者代理を利用できるのは、本人が精神上の障害により決定能力が低下し、自分自身では事務を処理できないが、なお授權の意味や授權の効果を総体として理解し相応に振る舞うことができる場合に限定している。すでに述べたように、「自分自身では事務を処理できない」とは、自分で処理したのでは不利益の危険性を生じさせかねないという意味だと、理解されている<sup>53</sup>。国連障害者権利条約の本人の「意思と選好」(will and preferences / der Wille und die Präferenzen)を強調すれば、代理人が十分に説明しても不利益の危険性が生じかねない決断に本人が固執する場合には、それを支援して行為させなければならないのかもしれない。しかし、筆者はこのような結論には反対である。本人の財産の散逸を防いで本人の幸福を守るということは代理人の任務であると思うので、このような場合には、代理人が客観的によかれと思う代理行為を行うことが許されるべきであると思う<sup>54</sup>。

---

52 以上については、岡「取引裁判例の動向」民事判例IX2014年前期(日本評論社、2014年)3頁以下参照。意思能力の相対的把握の裁判例としては、そのほか東京地判平成10年7月30日(金融法務事情1539号79頁)、東京高判平成11年12月14日(金融法務事情1586号100頁)、東京地判平成17年9月29日(判例タイムズ1203号173頁。ここでは「意思能力とは、自分の行為の結果を正しく認識し、これに基づいて正しく意思決定をする精神能力をいうと解すべきであり、意思無能力があるかどうかは、問題となる個々の法律行為ごとにその難易、重大性なども考慮して、行為の結果を正しく認識できていたかどうかということを中心に判断されるべきものである」と判示されている)などがある。さらに民法(債権法)改正検討委員会編『詳解債権法改正の基本方針I序論・総則』(商事法務、2009年)33頁参照。

53 前注34に対応する本文参照。

54 Erläuterungen, S.17も同旨と思われる。

そのうえで、オーストリア中間試案の「決定能力」を日本法でどのように評価し参考にするかであるが、現段階では、意思能力に類似した概念ととらえておきたい。任意成年者代理類型は本人の決定能力が減退していても他者と合意できることになっている。これは、授権の内容いかんによって意思能力を弾力的にとらえたものと理解できるのではないか。

## (2) 授権の方式・発効

代理権を証明する必要があるので、さしあたり任意後見契約と同様公正証書で契約をすべきであろう。公証人は、現行任意後見契約とは異なり、授権内容との関係で本人に意思能力があるかどうかの判断をすることになる。相対的に意思能力をとらえることが肝要である。そして、授権内容について本人に意思能力があると判断すれば、公証人がその合意を後見登記簿に登録することになる。

代理権限は、授権内容に即して本人の意思能力を判断する以上は、現行法と異なり、中間試案のような代理権限の限定（中間試案265条3項、第2節4（3）参照）は必要だろう。

しかし、金額も少額で日常生活に必要な契約を前提とした授権の場合には、公正証書による契約をするまでもないかもしれない。そのような場合には、成年後見センターなど、すでに家庭裁判所と密接な協力関係を築いている各地の機関が関与して契約を締結させられないかと思うが、なによりも地元の金融機関の協力がないと実現不可能である（多くの場合、本人の重要な財産は預金であり、その出し入れが必要となる）。金融機関の協力が可能な小さな地域からやれないか、今後検討してみたい（この点については第3節1で述べた）。

## (3) 授権内容

身上配慮について、オーストリア中間試案は任意成年者代理人の代理行為が許される場合を相当絞り込んでいる（第2節4（4）参照）。日本でも同様に考えるべきであろう。医療行為の同意については検討すべき論点が多岐にわ

たっており、本稿で検討する余裕はない。今後の課題としたい<sup>55</sup>。ちなみに、成年後見制度利用促進法では、成年被後見人の医療意思決定支援についての枠組みも検討対象になっているようであり、今後の動向に注目したい。

なお、郵便物の回送・開封は、実務の必要性が考慮されたのであろうが、2016年の民法改正で成年後見人に限って認められた（860条の2、860条の3参照）。しかし、オーストリアの立場では、本人に決定能力がない場合でも成年者代理人には本人が他人と文書（郵便など）のやりとりをする権利を自分の判断で勝手に制限することはできないようである<sup>56</sup>。今回の日本の改正が国連障害者権利条約と適合的かどうか、今後問題になるのではないだろうか。

さて、財産管理について、不動産の譲渡など通常の財産管理に含まれない事項については裁判所などの許可を要するとすべきかもしれない。問題は、通常の財産管理において代理権が授与されたので、代理人が当然のごとく代理行為をしていいのかという点である。国連障害者権利条約が戒めたのはこの発想であろう。多くの場合、代理人は支援をして本人に行為させるべきであろう。

#### （4）代理人に対する裁判所の監督

オーストリア中間試案では、任意成年者代理人は、毎年生活事情の報告と財産状態の報告を裁判所にしなければならないこと、代理人の財産管理が本人の幸福に合致していないと疑う場合にはいつでも会計の報告を求め、場合によっては職権で必要な措置、例えば成年者代理人を解任し、裁判所選定代理人などを新たにつけることができることになっている。このような措置

---

55 日本の成年後見人等の医療同意見をめぐる学説については、錢偉榮「成年後見人の医療同意見」高岡法学29号(2011年)39頁以下のほか、台湾民法、韓国民法の規定の紹介も含めて岡「中国成年監護（後見）制度についての梁慧星第二草案を読む—東アジア成年後見制度比較の視点から—」学習院法務研究7号(2013年)16頁以下、韓国成年後見制度における医療行為の同意について朴仁煥「韓国の新成年後見制度の成立と課題」東洋文化研究（学習院大学）14号（2012年）163頁以下、さらにイギリス・スイス・ドイツの現状なども分析するものとして田山編・前掲書(注44)など参照。なお、中国の立法論については、満洪傑＝錢偉榮(訳)「成年後見における医療決定問題の研究」草野＝岡編・前掲書(注2)199頁以下参照。

56 前注43およびそれに対応する本文参照。

は、任意成年者代理人の権限濫用の防止の観点からも必要と思われるが、日本では法定後見でさえ家庭裁判所の監督が（担当できる人員の制限などにより）限界に達しつつあるので、さらにこの任意成年者代理人に対する監督が可能なか疑問である。各地の家庭裁判所と密接な関係にある（あるいは、これまでの実績から見て家裁が後見人候補者の推薦を依頼できるほどの信頼関係が形成されている）成年後見センターに財産管理のチェックを委託することも考えられるのではないかと。ただ、成年後見センターを活用するためには、人材がある程度豊富で、かつ財政的基盤が安定していることが必要であろう<sup>57</sup>。

裁判所の監督について2点付け加えておきたい。まず、任意後見監督人に監督させるのは迂遠ではないか<sup>58</sup>。この制度を今後も活用することも考えられようが、つねに任意後見監督人を通して間接的に任意後見人を監督するのではなく、必要に応じて直接に任意後見人を監督する権限を家裁に与えるべきである。オーストリア中間試案のように、本人の幸福が危険にさらされているときには、家裁はいつでも本人の幸福を守るために職権で必要な措置を講ずることができる道を開くべきである（中間試案259条4項参照）。つぎに、本人の日常生活に必要な程度の内容の授権の場合には、各地の成年後見センターが任意代理人の活動を監督するという事も考えられよう。そのためには、上述のように成年後見センターの財政基盤が安定していることが前提である。

---

57 一口に成年後見センターといっても、実施・運営主体は社会福祉協議会、一般社団法人、NPO法人などがあり、また、財源も自治体からの補助・委託費などまちまちである。少々古いが、2009年9月30日付の千葉県社協・千葉県後見支援センターが調べた「全国で現在運営している後見センター等（抜粋）」が、7つの機関について、対象者は誰か、法定後見か任意後見か、人材育成、相談支援の内容、他機関連携の有無、組織、財源、監督、設立の経緯などをコンパクトにまとめており、非常に参考になる。これは、以下のサイトで閲覧が可能である。

[http://www.chibakenshakyo.com/19\\_kouken/kenkyu-iinkai2ji/dai2kai/gidai1/b3.pdf#search=%E6%88%90%E5%B9%B4%E5%BE%8C%E8%A6%8B%E3%82%BB%E3%83%B3%E3%82%BF%E3%83%BC+%E7%A4%BE%E5%8D%94%E5%9E%8B](http://www.chibakenshakyo.com/19_kouken/kenkyu-iinkai2ji/dai2kai/gidai1/b3.pdf#search=%E6%88%90%E5%B9%B4%E5%BE%8C%E8%A6%8B%E3%82%BB%E3%83%B3%E3%82%BF%E3%83%BC+%E7%A4%BE%E5%8D%94%E5%9E%8B)

58 しかも、家裁が第三者を任命して、本人は（自分が依頼したのではない）その者に対して報酬を支払わなければならないのである。

(5) まとめ

本稿では、オーストリアの改革案を参考にして現行任意後見制度の部分的  
手直しを考えてみた。授権内容如何によって（手直しを前提とした）任意後  
見制度も活用できようし、本人の近親者や地元の金融機関の協力が見込める  
ならば、成年後見センターの活動を中心に据えた簡易な制度構築も考えられ  
るだろう（1参照）。

しかし、任意後見（または任意代理）では処理しきれないケースが考えら  
れようから、どうしても最終的には法定後見も制度として残さざるをえない  
であろう。オーストリアの裁判所選定成年者代理を参考にするならば、要件  
を非常に絞り込む必要がある（日本の3類型は維持できなくなるのではない  
か）。この点は次の検討課題としたい。

なお、1点だけ述べておくと、現行任意後見法は法定後見と任意後見とは  
同時には効力を発生できない仕組みにしている（任意後見契約法10条3項）。  
任意後見人に問題があるために法定後見を発動させる場合は格別、そうでは  
なく任意後見契約に制約があって任意後見人が活動できないために法定後見  
人が必要だという場合には、両者を同時に併存させて問題ないはずであるし、  
本人が信頼している以上任意後見人にその職務については活動させるべきで  
はないか。この点で現行法には問題があり、将来手直しが必要であろう<sup>59</sup>。

---

59 すでに岡「韓国の成年後見制度改正案を読む」『高齢社会における法的諸問題』（須永  
醇先生傘寿記念論文集、酒井書店、2010年）314頁で指摘している。