

「成年後見制度」から「意思決定支援制度」への 転換に向けた代行決定の位置づけ

山 口 詩 帆

- 一 はじめに
- 二 アルゼンチン無能力制度に関する通史的考察
（一）旧民法典
（二）二〇一四年民法典における改正点
- 三 民法典上の無能力制度
（一）民法典上の行為無能力者
（二）保佐に特有の規定
（三）保佐に後見を準用する規定
（四）無能力宣告に関する規定
（五）検討——民法典における代行決定の位置づけ
- 四 日本法への示唆
（一）必要最小限の代行決定
（二）副次的な手段としての代行決定
- 五 課題の提示

一 はじめに

成年後見制度は、精神障害や知的障害、認知症等を理由として判断能力が不十分な状態にある人々（以下、「判断能力不十分者」）を、その法律行為における意思決定について、成年後見人等が支援・保護する制度である。同制度は、障害者の権利に関する条約（以下、「条約」）一二条の解釈指針である一般的意見第一号が、代理人による意思決定（以下、「代行決定」）制度を廃止し、支援付き意思決定（以下、「意思決定支援」）へ全面的に移行すべきとする立場をとったことから、条約一二条との抵触がより重大な問題となっている。

条約は、意思決定支援の具体的な仕組みに関する規定を置いていない。国内法に目を向けると、平成二三年に改正された障害者基本法二三条一項において、「意思決定の支援」という文言が取り入れられたが、これがいかなる枠組みで実現されるものなのかについては明らかでない。この点について、意思決定支援とは、自己決定支援と同義であり、判断能力不十分者が自ら意思決定をするために行われる援助全般をいうと解すべきである。その前提は、意思決定支援と代行決定の厳格な区別にある。このような観点から、現行の成年後見制度における問題を端的に述べるならば、それは、成年後見人等に付与される代理権、同意権、および取消権行使の結果としての代行決定が制度の原則となっているがゆえに、意思決定支援よりも、パターンナリストイックな介入としての保護に大きく比重が傾いているということである。

こうした問題は、以下の点に起因する。第一に、能力制限との紐づきを前提とした制度の構造上、成年後見人等に与えられる権限の範囲がそのまま能力制限の範囲となることから、本人の能力が過剰に制限されるリスクを^{〔1〕}はらむ。すなわち、成年後見人等に与えられる権限の画一性により、各類型の中で被後見人等の個性が見逃されるため、

実際に提供される保護の態様・程度は、被後見人等の必要性と必ずしも合致しない。さらに、一度開始された後見等が、基本的には本人の死亡まで終わらないという継続期間の問題もある。これらが相俟って、現行法は必要十分性の観点から問題があるとして、能力制限、ならびに成年後見人等の職務内容および権限を、個別具体的な必要性に応じて最小限にとどめるべきであることが主張されてきた⁽²⁾。このような必要最小限の制限は、自己決定権の尊重を理念として代行決定を捉えたときの必然的な帰結であるとされる⁽³⁾。こうした中で、制度改革の方向性として、補助一元化⁽⁴⁾、保佐を中心とした制度への再編成⁽⁵⁾、任意代理権の活用⁽⁶⁾が提唱されている。これらの方向性は、現行法の類型化に特段の意義を見出さないう点で一致しているのではないだろうか⁽⁷⁾。

第二に、わが国の成年後見制度において、そもそも意思決定支援が想定されていなかったため、代行決定に対する意思決定支援の優先性が観念されてこなかった。この点につき、民法八五八条の解釈において、同条から導かれる「身上配慮義務」と「本人意思尊重義務」のうち、後者を重視することによって、現行法の中に意思決定支援を読み込む見解がある⁽⁸⁾。この見解によれば、現行法においても、意思決定支援と代行決定の優先関係を規律する可能性が見えてくる。第一で述べたように、代行決定を必要最小限にとどめるためには、まずは意思決定支援を行い、それ不足がある場合に限り代行決定に切り替えるという、副次的な手段として代行決定を位置づける必要があると考える。

以上の二点の問題に取り組みにあたっては、意思決定支援と代行決定とが単なる対立概念ではないことに留意しなければならぬ。例えば、昏睡状態にある等、物理的に意思表示が不可能な人々を保護するための代行決定を排しては、個人の尊厳の名の下で、本来社会において最も保護を必要とする人々に対し、不可能かつ無謀な自己責任論を押し付けることになる。さらに言えば、こうした人々を強引に意思決定支援の枠組みに取り込み、これを冠した実質的な代行決定がなされれば、意思決定支援の意義を損なうことにも繋がりが得る。むしろ、代行決定を容認した上で、制度全体の中で「必要最小限」かつ「副次的な手段」としての位置づけを徹底することが、意思決定支援を確立するた

めの不可欠の前提となるものと考ええる。したがって、「意思決定支援制度」は、「必要最小限」かつ「副次的な手段」としての代行決定を組み込んだ制度として設計する必要があるのではないだろうか。⁹⁾

以上の問題意識から、本稿においては、二〇一四年に公布されたアルゼンチン民法典 (Código Civil y Comercial de la Nación、以下、「民法法典」) を参照する。その理由は以下のとおりである。すなわち、民法法典では、従前の代行決定一辺倒の制度から、意思決定支援としての「支援 (apoyo)」を原則とする制度へと転換を図った一方で、代行決定の類型である「保佐 (curatela)」が、例外的な手段として残置された。そして、従前の保佐が、保佐人に対して自動的に広範な代理権を付与するものであったのに対し、民法法典における保佐では、保佐人の職務内容は、裁判官によって決定されることとなった。したがって、民法法典における判断能力不十分者を支援・保護する制度は、「必要最小限」かつ「副次的な手段」としての代行決定を包括した形での意思決定支援制度の一例であるといえるため、これを分析することにより、わが国の成年後見制度が意思決定支援制度へ向かうための示唆を得ることができると考える。

民法法典では、代行決定は「後見 (tutela)」と「保佐」の二類型が担う。前者は「未成年後見」のみに特化した類型であるため、いわゆる成年後見は後者によって行われる。もともと、保佐は後見の規定を大部分準用することから、保佐を理解するにあたっては、後見の分析が前提となる。そこで本稿では、まず、民法法典施行に至るまでの無能力制度に関する通史的考察を行い (二)、民法法典における行為無能力者に関する規定、ならびに、保佐、後見、および支援 (apoyo) の規定を分析し、民法法典における代行決定の位置づけを検討する (三)。以上を踏まえ、日本法の示唆 (四) と課題の提示 (五) を行う。

二 アルゼンチン無能力制度に関する通史的考察

(一) 旧民法典

本節では、一八六九年にダルマシオ・ベレス・サルスフィエルド (Dalmacio Velez Sarfield) によって起草され、一八七一年に施行された旧民法典における無能力制度の変遷を追う(表1参照)。旧民法典は、当該分野に関しては、一九六八年の法律第一七七一号による改正、および二〇一〇年の精神保健法公布に伴う改正がなされた。したがって、本稿において単に「旧民法典」とした場合、これらの改正を含め、廃止の時点で有効であった規定を指すものとする。なお、以下では、改正前の施行当時の条文に言及する場合は、条文番号の前に「一八六九民法典」を付記している。

1 一八六九民法典

一八六九年当時の民法典では、①胎児、②一四歳未満の未成年者 (*menores impúberes*)、③心神喪失者 (*demente*)、④書面で意思表示をすることができない聾啞者、および、⑤失踪宣告者は、絶対的無能力 (*incapacidad absoluta*)⁽¹⁰⁾であるとされ(一八六九民法典五四条)、法定代理人を通じて権利義務の主体となり得た(旧民法典五六条)。法定代理人は、胎児の場合はその父母(父母がないか無能力である場合は保佐人)、親権解放されていない未成年者の場合はその父母または後見人、心神喪失者・聾啞者・失踪宣告者の場合はその父母(父母がないか無能力である場合は保佐人)であった(一八六九民法典五七条)。無能力者は、「その身体及び財産に関して、未成年者とみな」され、「未成年者の後見に関

表1 能力概念の整理

1869年民法典		1968年改正後(2010年改正による変化なし)		2014年民商法典		
無能力		無能力		能力喪失		
絶対的無能力	(相対的無能力)	絶対的無能力	(相対的無能力)	行為無能力	限定能力者	
<p>対象者</p> <p>①胎児 ②14歳未満の 未成年者 ③心神喪失者 ④書面で意思表 示できない聾啞 者 ⑤失踪宣告者</p>	<p>14歳以上の 未成年者</p>	<p>①胎児 ②14歳未満 の未成年者 ③心神喪失者 ④書面で意思表 示できない聾啞 者</p>	<p>14歳以上の未 成年者</p>	<p>①習慣的な酩酊 者、麻薬使用者 ②能力減退者 ③浪費者</p>	<p>①胎児 ②年齢および十 分な成熟度に達 していない者 ③判決で無能力 を宣告された者 は、定められた 範囲において</p>	<p>限定能力者</p>
<p>保護機 関</p> <p>①②：父母また は後見人 ③④：父母また は保佐人</p>	<p>父母または後見 人</p>	<p>①②：父母また は後見人 ③④：保佐人</p>	<p>父母または後見 人</p>	<p>保佐人</p>	<p>①②：父母また は後見人 ③：保佐人</p>	<p>支援 (apoyo)</p>
<p>権 限</p> <p>民事生活におけるすべての行為に ついての代理権</p>	<p>民事生活におけるすべての行為に ついての代理権</p>	<p>民事生活におけるすべての行為に ついての代理権</p>	<p>民事生活におけるすべての行為に ついての代理権</p>	<p>財産処分行為に ついての同意権</p>	<p>判決で決められ た範囲の代理権 限定能力者</p>	<p>・ 支援 ・ 判決で決めら れた特定の行為 の代理権</p>

する法律は、無能力者の保佐に適用され」とされた(旧民法典四七五条)。

未成年者は、一四歳未満の未成年者 (menores impuberes) と、一四歳以上二二歳未満の未成年者 (menores adultos) とに区別され(一八六九年民法典一二六条および一二七条)、後者は絶対的無能力の対象とはならず、「特定の行為又はその行使方法(modus)に関して無能力である」(一八六九年民法典五五条)とされた。¹¹⁾

心神喪失者とは、「躁病、心神喪失(dementia)又は中度の知的障害」の状態にある者をいい、これは、「たとえ覚醒期(明瞭期)がある場合又は躁病が部分的である場合であったとしても」同様であった(一八六九年民法典一四一条)。裁判官によって選任された保佐人は、原則的に無能力者の民事生活(sic et sic)におけるすべての行為につき代理権を有するとされ(旧民法典六二条)¹²⁾、したがって、無能力者は包括的に能力を制限された。

2 一九六八年改正

一九六八年法律第一七七一号による改正により、絶対的無能力の対象から失踪宣告者が削除され、心神喪失者および聾啞者の法定代理人は保佐人となった(旧民法典五七条三項)。心神喪失による無能力者は、「精神疾患によって自己を統制し又は財産を管理する資格を持たない者」であるとされた(旧民法典一四一条)。心神喪失の状態自体を無能力に結びつける構造であった従前の規定に対し、一九六八年改正は、「自己を統制し又は財産を管理する資格」に言及することによって、心神喪失の宣告に医学・法学的基準を課したと解されている。¹³⁾ また、一四歳以上二二歳未満の未成年者(menores adultos)に関する規律が改められ、同人は、「専ら、法律が認める行為のための能力を有する」とされた(旧民法典五五条)。

最も重要な改正点は、「能力喪失(inhabilitado)」のカテゴリーの新設であった。その対象者として、①習慣的な酩酊者・麻薬使用者、②心神喪失には至らないが機能(facultad)の減退した者、および、③浪費者が規定された(旧民

法典一五二条の二⁽¹⁴⁾。したがって、能力喪失とは、換言すれば、判断能力の不十分さの程度が心神喪失者に比して軽度な者を対象とした類型をいう。能力喪失者は、財産管理行為を単独で行うことができたが、処分行為については保佐人に同意権が付与された。

3 二〇一〇年精神保健法に伴う旧民法典一五二条の三の新設

二〇〇八年に障害者権利条約を批准したアルゼンチンでは、二〇一〇年に精神保健法 (Ley 26.657 Derecho a la Protección de la Salud Mental) が公布された⁽¹⁵⁾。その主たる目的は、①心理学、精神医学、ソーシャルワーク、看護、作業療法等の様々な分野の専門家によって構成される学際的チーム (equipo interdisciplinario) の見解を重視することで、無能力宣告の手續における裁判官の役割を制限すること、②入院・収容を最終手段とし、なるべく一般の病院で治療されなければならないこと、③能力を制限する判決について、裁判官に再審査義務を課すことであった⁽¹⁶⁾。

無能力制度にもたらされた重要な成果は、同法四二条により、三年ごとの再審査義務と能力推定原則とを規定した旧民法典一五二条の三⁽¹⁷⁾の新設であった。同条は、「個人的自律への影響が最小限となるよう努めて、制限される機能及び行為を明示しなければならない」とし、心神喪失または能力喪失を宣告された者であっても、裁判官が判決で制限した行為以外のあらゆる行為に關して能力を保持することを承認したため、能力の推定を原則としたという点で、ここで無能力制度における原則が転換されたと評価される⁽¹⁸⁾。

しかしながら、一連の改正後も改廃されずに残されたいくつかの規定により、能力推定原則との両立性および一貫性において、解釈上の問題が生じた⁽¹⁹⁾。例えば、無能力者の保佐人に対して民事生活上のすべての行為に關する代理権を付与する旧民法典六二条、および、軽度の類型である能力喪失者の保佐人に対して財産処分行為に關する同意権を広く付与する旧民法典一五二条の二は改正されなかった。したがって、無能力または能力喪失の両類型において、保

佐人の職務内容および権限の範囲は固定的となるため、画一的かつ広範な代行決定に基づく保護を完全に克服する制度とはならなかったと理解できる。

4 障害者権利委員会の評価

障害者権利委員会⁽²⁰⁾による二〇一二年九月二七日付の総括所見⁽²¹⁾の対象となったのは、旧民法典、および、二〇一二年六月七日に国会に提出された「民法典及び商法典の改正、現代化、及び統合」のための法案（以下、「二〇一二年法案」⁽²²⁾）であり、双方について条約一二条適合性に関する懸念が表明された。その後、二〇一二年法案は、上院と下院の委員会によって変更が加えられ、二〇一三年一月二八日に上院で可決された⁽²³⁾。

障害者権利委員会は、旧民法典について、障害者の法的能力を奪う代行決定（*sustitución de la toma de decisiones* [英語では、*substitute decision-making*]）を基礎とした現在のすべての法律を即時に再検討するとともに、「こうした代行決定から、本人の自律、意思、および選好を尊重する意思決定支援（*apoyo en la toma de decisiones* [英語では、*supported decision-making*]）へ転換させる法律・政策を採用するための措置を採ることを要請した。また、二〇一二年法案については、「禁治産宣告手続の概念（*figura de interdicción judicial*）」が残存していること、および、保佐人を選任する決定と障害者が意思決定をするために必要な支援を具体化する決定とが、完全に裁判官の裁量となることを指摘した。

「禁治産宣告手続の概念」は、アルゼンチン法においては無能力制度として具現化されるため、二〇一二年法案に対する障害者権利委員会の懸念は、同法案三二条を念頭に置いたものと考えられる。同条では、新しく導入された「限定能力」の概念および意思決定支援としての「支援（*apoyo*）」について、次のように規定されていた。

二〇一二年法案三二条 限定能力者及び無能力者。裁判官は、永久的又は持続的で十分に重大な中毒又は精神の変化を患う一三歳以上の者がその完全な能力の行使によって身体又は財産に損害を与える場合に限り、その者の能力を限定することができる。一三歳以上の者が精神疾患によって自己を統制し又は財産を管理する資格の絶対的欠如の状況にある場合、裁判官は無能力を宣告することができる。

いずれの場合においても、裁判官は、必要な保佐人又は支援 (support) を選任し、かつその機能を定めなければならない。選任された者は、被保護者の自律を促進し、かつ選好に応じた決定を容易にしなければならない。

(二) 二〇一四年民商法典における改正点

当該分野に関する民商法典の規定については、能力の限定に関する一般原則 (民商法典三一条。以下、断りがない場合は、条文は民商法典のものを指す) が前述の精神保健法を踏襲したものであることから、精神保健法の理念が支配的である。

本改正の要点は、第一に、権利能力と行為能力の明文化、および後者を前提とした「限定能力」概念の導入である。第二に、限定能力者のための支援制度の創設である。⁽²⁶⁾これにより、判断能力不十分者の保護は支援 (support) と保佐の二類型によって行われることとなった。支援制度とは、「自己を統制し、財産を管理し及び一般の法律行為を行うために、それを必要とする人の意思決定を容易にする司法上又は司法外の性質を有する」あらゆる措置をいい (四三條)⁽²⁷⁾、支援人には、特定の行為につき代理権が付与される⁽²⁸⁾。したがって、支援 (support) に相当する類型自体は日本民法には存在しないものの、代理権付き支援 (apoyo) については、代理権付与のみの場合の補助に類似すると理解できる。

第三に、無能力宣告とこれに基づく保佐人による代行決定が、制度全体における原則から例外へと転換したことで

ある。これは、保佐に一元化されていた旧民法典との比較においてはもちろんのこと、二〇一二年法案との比較においてより顕著となる。前述のとおり、二〇一二年法案三二条では、無能力と限定能力との区別は、「自己を統制し又は財産を管理する資格の絶対的欠如」を基準とし、その上で、保佐か支援（*apoo*）かという類型の選択は、裁判官の裁量に委ねられた。このような法案三二条の規定振りについて、保佐は代行決定によって本人の能力の行使を妨げるものであるが、一方で、支援（*apoo*）は本人による行使を促進する措置であるため、このような対照的な性質を有する両者は、本来、二者択一の措置または選択肢として位置づけることができないとする見解がある²⁹。この見解によれば、二〇一二年法案三二条のインパクトは、限定能力概念および支援制度の形式的な導入にとどまっていたと解するのが相当ではなからうか。

次章では、まず(一)において、二〇一二年法案三二条と民法典三二条との違いに焦点を当てて、民法典の無能力制度を分析する。これにより、原則・例外の転換という、民法典が無能力制度に与えた実質的なインパクトを考察したい。なお、保佐は原則として後見（未成年後見）の規定が準用されることから（一三八条³⁰一項）、ここでは未成年者についても言及することとする。

三 民法典上の無能力制度

(一) 民法典上の行為無能力者

民法典が定める行為無能力者とは、「胎児」、（第二節第二款所定の）「年齢及び十分に成熟した段階に達していない者」、および、「判決によって無能力を宣告された者」をいい（二四条）、これらの者は、単独で行使することができ

ない権利を代理人を通じて行使する（二〇〇条⁽³¹⁾。「年齢及び十分に成熟した段階に達していない者」とは未成年者でない、単に「無能力者」といった場合には「判決によって無能力を宣告された者」を示している。胎児および未成年者についてはその父母（なお、後者につき、父母がないか、その親責任が喪失・停止されている場合は後見人）が、無能力者については保佐人が代理人となる（二〇一条⁽³²⁾）。以下では、本稿との関係から、未成年者と無能力者に絞って順に検討する。

1 未成年者

民商法典における未成年者は、一八歳未満の者をいう（二五条⁽³³⁾）。もつとも、前述のとおり、行為無能力者を規定する二四条は、「未成年者」という文言の使用を避け、「年齢及び十分に成熟した段階に達していない者」という表現を用いることにより、未成年者の能力制限の判断において「年齢」と「十分な成熟度」の二重の基準を設けた。後者は、成熟度の充分性に着目することにより、ある法律行為の能力が不十分であることを他の法律行為にも同様に当てはめる運用を避ける意味を持つとされる⁽³⁴⁾。したがって、父母または後見人による法定代理の範囲は、未成年者が未成年者であること自体、すなわち年齢という数字を理由として自動的に決定されるのではなく、その「成熟度」に応じて伸縮すると解するのが説得的である。

もつとも、こうした伸縮性は、「未成年者による権利の行使」を定める二六条⁽³⁵⁾によって否定されるとする見解もある⁽³⁶⁾。すなわち、同条は一項において、「未成年者は、同人の法定代理人を通じて権利を行使する」とした上で、二項において、「年齢及び十分な成熟度を有する未成年者は、法令によって認められた行為を単独で行うことができ」とするため、一定の年齢に達しており、かつ十分な成熟度を有する未成年者であっても、単独で行うことができる法律行為は、「法令によって認められた行為」に限られる。この見解によれば、たとえ一六・一七歳の未成年者が

十分な成熟度を有する場合であっても、法令で認められた場合を除き、財産行為を単独で行うことはできない⁽³⁷⁾。したがって、「成熟度」を基準とする意義は、同条三項ないし六項を通じて、主として一身専属的権利に関する意思決定にあると理解できる。

2 無能力者

判決で「無能力を宣告された者は、その決定で定められた範囲において」行為無能力者となり⁽³⁸⁾、保佐人が同人の代理人となる⁽³⁹⁾。これは、支援 (aid) を原則とした制度における例外として定められている。保佐人が選任される例外的な場合とは、「永久的又は持続的で十分に重大な中毒又は精神の変化を患う一三歳以上の者が、その完全な能力の行使によって、身体又は財産に損害を与える場合」^(三二条一項)に、①「人がその環境との相互作用、及び、いかなる形態、手段又は様式によっても意思表示が絶対的に不可能な状態になり」、かつ、②「支援制度が役に立たない場合」⁽⁴⁰⁾である^(同条四項)。これには昏睡状態等が該当するとされる。

二〇一二年法案では、無能力の要件として、「精神疾患によって自己を統制し又は財産を管理する資格の絶対的欠如」を規定したのに対し、民商法典では、もはやそれだけでは無能力宣告はなされ得ず、意思疎通にかかる能力と、支援制度の有用性とを基準に判断される。すなわち、民商法典三二条は、第一に、無能力宣告が意思疎通にかかる能力を基準とすること、第二に、保佐は支援 (aid) の副次的な手段であって、両者は裁判官の裁量に任された選択肢ではないことを定めていると解するのが説得的である。

保佐人に付与される代理権の範囲は、裁判官によって決定される。これは、旧民法典一五二条の三によって導入された能力推定原則を、より具体化した規定であると考えられる。

以下では、(二)において「保佐に特有の規定」、(三)において「保佐に後見を準用する規定」、(四)において「無能力宣告

に関する規定」について検討する。このように分類する理由は、第一に、保佐開始以降は後見の規定が準用され、第二に、保佐が支援 (αποβο) の副次的な手段であるという制度の構造上、保佐開始の前段階である無能力宣告に至るまでの規定は支援 (αποβο) と共通のものであるため、これらを除く規定が「保佐に特有の規定」となるためである。このように考察することにより、民商法典における保佐の位置づけを明らかにすることができると思われる。

(二) 保佐に特有の規定

1 保佐人の職務基準

保佐人の主要な職務は、「無能力者の身体及び財産を養護」し、「健康の回復に努めること」である(一三八条二項前段)。旧民法典とは異なり、能力の回復や財産管理ではなく、生活の質の向上が中心となる。被保佐人の財産は、かかる目的のために消費されなければならない(同項後段¹²⁾)。以上のことから、同項は、無能力者の健康および生活の質を最大限に保障することを追求する、保佐人の職務基準として位置づけられる。

民商法典では、保佐人の職務基準に関する定めは、後見を準用しない保佐に特有の規定である。さらに、支援人の職務基準とも異なる。なぜならば、支援 (επιβο) は、「自律を促進し、かつ被保護者の選好に応じた決定を容易にしなければならぬ」(三二条三項)とされることから、これが支援人の職務基準と考えられるためである。したがって、意思決定支援を担う支援 (αποβο) と代行決定を担う保佐とは、その職務基準の相違が、解釈のレベルにとどまらず明文化されるに至っていることが指摘できる。これは、三二条が無能力と限定能力の判断基準として意思疎通にかかるとる能力を用い、さらに「支援制度が役に立たない場合」という条件を付けたことにより、両者を二者択一とせず、前者が後者に劣後する構造をとることに理由があるのではないか。すなわち、保佐と支援 (επιβο) の対象者が明確に異なることに鑑みれば、両者の職務の相違は必然的な帰結である。

2 事前指示

「能力を有する者 (persona capaz)」は、将来の無能力に備え、保佐人を指名することができる(一三九⁽⁴³⁾条)。同条により、支援 (apoyo) の事前指示も可能であるとされる⁽⁴⁴⁾。

また、六〇⁽⁴⁵⁾条により、「完全な能力を有する者 (persona plenamente capaz)」は、健康に関する処遇および医療行為の事前指示をすることができる。患者の権利に関する法律第二六五二九号 (Ley 26529 Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud) 一条によれば、かかる指示は、二名の証人の立ち合いの下、公証人または第一審裁判官の前で書面によつてなされなければならない。

(三) 保佐に後見を準用する規定

1 概念および一般原則

後見人としての欠格事由や禁止行為、裁判所の許可を要する行為、報酬といった細かな規定については伝統的構造が維持されたものの、概念および一般原則(二〇四⁽⁴⁶⁾条)に関して未成年者の権利主体性を重視する方向へと舵を切ったことにより、民商典法上の後見は、後見人に与えられた権利ではなく、被後見人たる未成年者の個人的自律を促し、その能力に応じて一身専属的な事柄や財産的な事柄に関する意思決定に便宜を与えるための「義務」として再構成された。一〇四⁽⁴⁷⁾条は、一三八条により、保佐に準用される。これは、両類型がいずれも保護を目的とする制度であることを理由とする⁽⁴⁷⁾。

旧民法典では、後見は、「親権に服さない未成年者の身体及び財産を統治し並びに民事生活上のすべての行為について同人を代理するために、法律が与える権利である」(旧民法典三七七条)として、義務については何ら言及することなく、専ら後見人に与えられた権利であると考えられていた。これに対し、一〇四条によれば、後見は、第二編

「家族関係 (RELACIONES DE FAMILIA)」第七章「親責任 (Responsabilidad parental)」の一般原則に従うとされることから、義務としての側面が強調される。親責任は、親権 (patría potestad) に代わって取り入れられた概念であり、三つの一般原則——(a)「児童の最善の利益」、(b)「精神的身体的性質、資格及び発達に従った、子の漸進的自律」、(c)「子の年齢及び成熟度に従った、聴取される権利及び意見を考慮される権利」——の上に成り立つ (六三九条)。かかる三原則を、(a)「行為能力制限を受ける者の最善の利益」、(b)「具体的な行為のための人の現実の識別能力に適した自律」と読み替え、(c)を六〇条および一三九条の事前指示に読み込む見解がある⁴⁸⁾。

2 複数後見

民商法典では、後見は、未成年者の利益に配慮し、一人または複数によって行われる (一〇五条⁴⁹⁾。この場合、後見人の中で生じた意見の不一致は、後見人としての正しい職務遂行の基準である親責任の三つの一般原則に基づき、裁判官によって解決される⁵⁰⁾。同条は保佐に準用される。

3 後見の行使

旧民法典では、後見人は、「すべての民事行為において未成年者の正当な代理人」として、「未成年者との相談 (concursu) なしに、その意思と関係なく」後見人が単独で、後見人自身の名において、すべての行為を行うとされていたため (旧民法四二一条)、被後見人にかかわるあらゆる意思決定から被後見人自身が排除されていた。

この点について、民商法典では、後見人は、「聴取される権利の行使及び法律又は裁判官によって認められた能力の漸進的な承認における個人的な活動を除き、すべての財産的性質の問題において」未成年者の法定代理人となる (一一七条)。このように、一身専属的権利に関する意思決定を未成年者に任せることによって、後見人の職務は財産

分野に限定された。⁽⁵¹⁾したがって、保佐人の職務も原則的に財産分野に限られると解するのが説得的であり、この点は基本的に日本民法と同様である。しかし、意思表示が絶対的に不可能で、かつ事前指示がなく、明らかに差し迫った危険の存する緊急の事態には、保佐人に医療同意権が認められる（五九条四項）。

4 後見人の責任

後見人は、職務の行使またはその機会において被後見人について生じた、あらゆる財産的・非財産的性質の損害の責任を負う（一一八条⁽⁵²⁾）。この点について、後見人が裁判所の許可を要する行為には、父母が裁判所の許可を要する行為である財産処分行為が含まれるため（二二条⁽⁵³⁾及び六九二条⁽⁵⁴⁾）、後見人の職務遂行は、主として管理行為に制限される。したがって、一一八条に基づく後見人の責任は、通常管理行為における義務の不履行から生じた損害に関する民事責任であるとされる。⁽⁵⁵⁾

後見人が、児童または青年の福祉に害をもち、その身体または財産に損害を生ぜしめる場合、親責任に関する七〇〇条ないし七〇三条に従い、当該後見人につき停止または解任の手續を採ることができ、その間、裁判官は仮の後見人を選任することができる。⁽⁵⁶⁾

損害が被後見人によって生じた場合、損害の不可避性が証明されない限り、後見人および保佐人は、父母としての責任を負う（一七五六条）。

5 後見の終了

(1) 後見の終了事由

後見の終了事由は、一三五条⁽⁵⁷⁾にすべて定められている。終了（termination）は、「conclusion」と「cessation」から

成り、前者が、後見が不要となった場合の終了を意味するのに対し、後者は、単に元の後見人に代わって他の者が後見人に選任される場合の終了を意味する。⁽⁵⁸⁾ 「conclusion」の事由は、①被後見人の死亡、②婚姻による被後見人の親権解放、③後見開始事由の消滅、④被後見人が成年に達した場合、である。「cessation」の事由は、①後見人の死亡、②後見人の無能力または限定能力の宣告、③後見人の解任、④後見人の辞任、である。複数後見の場合、一人の後見人について生じた「cessation」の事由は、他の後見人に影響しない。また、後見人が死亡した場合は、遺言執行人、相続人に、複数後見人においては他の後見人に、当該死亡の事実を裁判官へ通知する義務が課される。これらの者は、裁判官が求められる措置を採るまで、必要かつ適切な決定（緊急措置）を行うことが認められる。⁽⁵⁹⁾

(2) 後見人の解任

①後見人の欠格事由に該当する場合、②財産目録を作成しない場合、③未成年者およびその財産に関する職務を行わない場合、④同居の児童または青年との間で紛争が継続する場合に、後見人は解任される（一三六条一項）。

被後見人および検察庁は解任請求の原告適格を有し（同条二項）、また、裁判官は職権で、後見人を解任することができる（同条三項）。被後見人による申立ては、二六条二項（年齢及び十分な成熟度を有する未成年者は、法令によって認められた行為を単独で行うことができる。法定代理人との間で利益紛争がある場合には、裁判扶助（*asistencia letrada*）を伴って関与することができる。）⁽⁶¹⁾ に相当する。解任手続が係属する間は、後見は停止され、仮の後見人が指名される。⁽⁶²⁾

6 その他

その他、禁止行為（一二〇条）、裁判所の許可が求められる行為（一二一条）、および、計算書の提示等についても、保佐は後見の規定を準用する。

(四) 無能力宣告に関する規定

無能力宣告は、支援制度が役に立たなかった場合になされるといふ条件が付くため、これに関する規定、すなわち、①申立権者、②判決で宣告される事項とその範囲、③再審査義務に関する規定は、支援 (Art. 100) の場合と共通である。

1 申立権者

無能力・限定能力の宣告の申立権者は、①本人、②配偶者および共同生活者、③四親等内の親族（姻族の場合は二親等内）、④検察庁（弁護士検察庁）とされ（三三三条）、本人が加えられた点が最も重要な改正点であった。また、配偶者のみならず、「同性であるか異性であるかを問わず、共同生活をし、かつ共同の生活計画 (proyecto de vida) を共有する二人の単一で公的で周知で安定的で永続的な情緒的關係に基づく結合」(五〇九条)として、婚姻関係にない共同生活者による申立ても認められた。

アルゼンチンの検察庁は、州ごとに組織され、未成年者、無能力者、および限定能力者の権利擁護のために広く活動する機関である。例えば、保佐人に義務の不履行がある場合に、新しい保佐人を選任するまでの間、仮の保佐人選任の申立て等を行う（一〇三條⁽⁶⁴⁾）。また、ある人が権利を保護されるべき状況にある場合に、その事実を知るが申立権者でない者（例えば、本人の友人）を仲介する役割も担う。⁽⁶⁵⁾

2 判決で宣告される事項とその範囲

判決では本人について、①診断および予後、②状況が明らかになった時期、③既存の本人および家族の資力、なら

びに社会的な資力、④可能な限りの自律の保護、援助、および促進のための体制が宣告されなければならない(三七一条一項)。かかる宣告は、学際的チームの判断に基づいてなされなければならない(同条二項)。

また、判決では、裁判官が「個人の自律への悪影響が最小限となることに配慮して、限定の伸長及び範囲を決定し並びに制限される機能及び行為」を特定する。そして、三二条に従い、選任された支援人または保佐人の「職務」遂行の様式の指示を伴う限定に服する特定の行為の有効性の基礎を指定」する(以上について三八条)。「行為の有効性の基礎」というやや広範な射程を持つ文言を用いることにより、裁判官が無効以外の制裁、例えば、支援 (Art. 30) の特定の様式への違反による罰金等を決定することができる⁽⁶⁶⁾とされる。

3 再審査義務

無能力の判決は、三年を超えない期間で再審査されなければならない(四〇条一項)⁽⁶⁷⁾。これは裁判官の義務である。三年以内に再審査がなされない場合、検察庁は、再審査を請求しなければならない(同条二項)。

このような再審査義務は、二〇一〇年の精神保健法公布に伴う改正によって、旧民法典においてはじめて導入された手続である。旧民法典における再審査義務との相違は、本人の請求によっていつでも再審査が行われ得ることが明文化された点にある。

(五) 検討——民商法典における代行決定の位置づけ

アルゼンチンにおける無能力制度の第一の転換点は、二〇一〇年精神保健法公布に伴う、能力推定原則の導入であった。しかし、無能力宣告および保佐に関するその他の規定が改正されなかったため、無能力者の保佐人に広範な代理権を付与し、また、軽度の類型である能力喪失者の保佐人に財産処分行為に関する同意権を付与するという、職

務内容と権限を自動的に決定する民法上の構造は維持された。

抜本的な改革を試みたのが民商法典であり、これが同制度における第二の転換点であったと考える。この改革において、後見の対象となる未成年者、そして支援 (aidoo) の対象となる限定能力者に関する規定が、当該分野における著しい前進を示すものであったことと比較すると、無能力者に関する規定は、さほどドラスティックには改正がなされなかったようにうつる。しかし、これは、無能力宣告に基づく代行決定が、意思決定支援を原則とした制度における例外的な手段として影を潜めたことの帰結であり、この点に旧民法典における無能力制度との相違——代行決定に基づいた成年後見制度との相違が見出される。このような制度は、代行決定を組み込んだ形での「意思決定支援制度」として位置づけることができる。

アルゼンチンにおける、いわゆる「成年後見制度」から「意思決定支援制度」への転換は、代行決定を「必要最小限」の「副次的な手段」として再定置したことの結果であると捉えることができる。したがって、本節では、これまで分析してきた民商法典の無能力制度において、「必要最小限の代行決定」と「副次的な手段としての代行決定」とが、いかなる要素によって特徴づけられているのかを順に検討したい。

1 必要最小限の代行決定

この観点では、保佐人の職務範囲と継続期間の二つの側面が重要であると考ええる。

まず前者について、民商法典における成年者の無能力は、判決で定められた範囲での無能力を意味する(二二四条(c))。この判決では、無能力の範囲と、これと釣り合う程度での保佐人の職務範囲とが決定される。その際、裁判官は「個人の自律への悪影響が最小限となることに配慮」(三八条)しなければならぬため、必要最小限の介入の原則が働く。

次に後者について、再審査義務により、無能力の範囲と保佐人の職務範囲とは、最大期間を三年として見直される。したがって、民商法典は、無能力宣告とともに、保佐人に画一的かつ広範な代理権を半永久的に付与する構造をとらない。

2 副次的な手段としての代行決定

支援 (apoio) の副次的な手段としての保佐の位置づけは、三二条において具体化される。すなわち、保佐は、①いかなる手段をもってしても意思疎通または意思表示が不可能であること、②支援 (apoio) が功を奏さない場合であること、のいずれをも満たす場合にはじめて開始される。①の要件は、支援 (apoio) の対象者であるか保佐の対象者であるかを判断する基準として、意思疎通能力を観念するものではなからうか。②の要件は、支援 (apoio) と保佐の優先関係——意思決定支援と代行決定の優先関係を明確にする。

保佐に対する支援 (apoio) の優先性は、職務基準の違いにもあらわれる。すなわち、支援人の職務基準は、「自律を促進し、かつ被保護者の選好に応じた決定を容易に」することであるのに対し、保佐人の職務基準は、「無能力者の身体及び財産を養護すること並びに健康の回復に努めること」である。前者は「本人意思尊重」に、後者は「身上配慮」に重心が置かれていると理解することができる。このような相違は、①および②の要件によって、保佐の対象者と支援 (apoio) の対象者がまったく異なる状況にある人々となることに鑑みれば、必然的な帰結であると考ええる。

もっとも、アルゼンチンでは、支援制度の導入が評価される一方で、「必要最小限」かつ「副次的な手段」として残置された保佐について、条約一二条違反の観点から批判もなされる。これに対し、民商法典における無能力制度を、「自身の無能力に備えて医的事前指示 (六〇条) をすることができている状態にある人」にとつての「最高の保護 (tutela)」と位置づける見解がある。⁽⁶⁸⁾ このように考えた場合、保佐人の事前指示 (一三八条) は、「本人自らが選んだ

人による保護を受ける」という意味において、単なる代理人による意思決定としてではなく、本人を中心に置く代行決定として位置づけられる。

四 日本法への示唆

アルゼンチンにおいて、判断能力不十分者の保護は、障害者権利委員会の勧告を踏まえ、条約一二条の遵守を意識した、意思決定支援制度によって遂行される。もともと、一般的意見第一号が求めるような代行決定の全廃はなされなかったことに鑑み、代行決定を「必要最小限」の「副次的な手段」として組み込んだ形での意思決定支援制度であると考えられる。以下では、アルゼンチンの意思決定支援制度における代行決定の位置づけから示唆を得て、日本の成年後見制度を、「必要最小限の代行決定」(一)と「副次的な手段としての代行決定」(二)の二つの観点から検討する。

(一) 必要最小限の代行決定

日本法において、「必要最小限の代行決定」の観点で特に問題となるのは、後見類型と保佐類型である。前者は、後見人に広範囲にわたる代理権と取消権を付与し、後者は、保佐人に民法一三条一項所定の行為について同意権と取消権を付与する。そして、後見人または保佐人の権限の範囲は、そのまま本人の能力制限の範囲となるため、両類型は、開始と同時に画一的な能力制限がなされる点で共通する。こうした制度は、条約一二条に適合しない。

そこで、裁判官によって決定された権限の範囲で後見人を本人の代理人とする方向性、あるいは、後見類型を廃止した上でこのような運用を保佐人への代理権付与(民法八七六条の四)を中心にして確立する可能性も考えられる。こうした方向性は、事前指示の活用と両輪をなすものでなければならない。これは、事前指示が、完全なる他者決定

に抛らざるを得ない場合を最小限にとどめる機能を有するためである。

もつとも、意思決定支援を原則とした制度における後見または保佐（以下、「新たな代行決定制度」とは、基本的に、判断能力不十分者というよりも、何らの意思表示もできない人々を保護する制度であることに留意する必要がある。例えば、昏睡状態にある人を保護することを目的として、特定の法律行為についての代理人を選任する場合には、本人の申立てまたは同意を想定することができない。したがって、現在の保佐類型における保佐人への代理権付与については、本人以外が保佐人への代理権付与を申し立てる場合の要件から「本人の同意」を削除する必要があるだろう。

(二) 副次的な手段としての代行決定

「副次的な手段としての代行決定」の観点では、第一に、能力制限の類型が問題となる。日本法においては、後見開始審判の申立てにあたり、申立ての趣旨として、求める法定後見の類型を明らかにする必要がある⁽⁸⁹⁾。この点から、現行法では、包括的な代理権、同意権、および取消権の対象となる後見類型と、画一的な同意権および取消権の対象となる保佐類型、オーダーメイドな支援・保護を可能とする補助類型が、本人側に与えられる「選択肢」となっている。たしかに、本人が類型を選択できるのであれば、本人の意思を尊重した仕組みとみることもできる。しかし、意思決定支援を原則とした場合には、新たな代行決定制度としての後見または保佐開始の時点で、本人は意思表示ができないか、あるいはそれに類似した状態にあることが前提となる。そうであるとすれば、本人の意思は、類型の選択によってではなく、代理人の指定を含めた事前指示の手続によって尊重されるべきであると考ええる。

第二に、意思決定支援と新たな代行決定制度の職務基準は、明確に異なるものとして規定すべきと考ええる。具体的には、補助の職務を意思決定支援に拡大し、補助人が支援人としての役割を果たすと仮定した場合、民法八七六条の一〇第一項により、補助の事務に保佐の職務基準である八七六条の五第一項が準用される点が問題となる。同条から

は、保佐の事務の範囲内での身上配慮義務と本人意思尊重義務とが導かれるが、両者の優先関係が規定されていない。対象者と職務の性質上、新たな代行決定制度は身上配慮義務、意思決定支援を行う補助は本人意思尊重義務に、それぞれ重心が置かれるべきと考える。

五 課題の提示

本稿では、アルゼンチンの意思決定支援制度における保佐の位置づけを検討することにより、わが国の成年後見制度が意思決定支援制度へと転換するに向け、代行決定を「必要最小限」の「副次的な手段」として再定置するための示唆を得ることを試みた。その際、以下の二点に留意する必要がある、これが今後の課題となる。

第一に、意思決定支援制度では、代行決定に対する意思決定支援の優先性は、厳格なものでなければならぬ。したがって、両類型の判断基準を意思疎通にかかる能力の有無に置くと仮定した場合、これを判定する手続がいかなるものであるかが重要となる。

第二に、代行決定の類型を「必要最小限」の「副次的な手段」とした場合にも、職務内容を広げる必要性に留意しなければならない。医療同意権に関する法の欠缺が学説および実務において指摘され続けている。こうした一身専属的な領域における第三者の関与の在り方が問題となる。

(1) この点につき、上山泰『菅富美枝「成年後見制度の理念的再検討」菅富美枝編『成年後見制度の新たなグラウンド・デザイン』（法政大学出版局、二〇一三年）四頁では、諸外国における改革が「小さな成年後見」（必要最小限の範囲における介入）を志向することとは対照的に、わが国の現行制度は「大きな成年後見」であることが指摘される。

- (2) 上山⇨菅・前掲注(1) 二一—三〇頁、上山泰「専門職後見人と身上監護」(第3版)〔民事法研究会、二〇一五年〕三二—三三二頁、青木仁美「オーストリアの成年後見法制」(成文堂、二〇一五年) 三六—三六三頁。
- (3) 新美育文「意思決定の代行制度の整備にむけて」法時六七卷一〇号(一九九五年) 六—七頁参照。
- (4) 新井誠「成年後見法の展望」新井誠⇨赤沼康弘⇨大貫正男「成年後見法制の展望」(日本評論社、二〇一二年) 五三—五三四頁。
- (5) 田山輝明「障害者権利条約と成年後見制度に関するまとめ」田山輝明編『成年後見制度と障害者権利条約』(三省堂、二〇一二年) 一七二—一七三頁。
- (6) 岡孝「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——」草野芳郎⇨岡孝編『高齢者支援の新たな枠組みを求めて』(白峰社、二〇一六年) 二七九—二九三頁。
- (7) これに対し、類型化の画一性を緩和するための機能を「自己決定の尊重」に見出す見解として、於保不二雄⇨中川淳編『新版注釈民法』(改訂版)〔有斐閣、二〇〇四年〕四〇四頁〔吉村朋代執筆〕。
- (8) 菅富美枝「民法八五八条における「本人意思尊重義務」の解釈——本人中心主義に立った成年後見制度の実現——」法政論集二五〇号(二〇一三年) 一二九—一五三頁。
- (9) 佐々木育子「成年後見制度から意思決定支援制度へ——自己決定を支える新しい制度の必要性」論ジュリ二七号(二〇一八年) 七四頁では、意思決定支援を中心に、そこに法定後見や任意後見をいかに位置づけるのかを、一つの法律において統一的に立法化した「意思決定支援法」の必要性が指摘される。
- (10) 旧民法典五六条 無能力者は、法律によって付された代理人を通じて、権利を取得し又は義務を負うことができる。
- (11) 成人年齢は、一九六八年改正で二一歳、二〇〇九年改正で一八歳に引き下げられた。
- (12) 旧民法典六二条 無能力者の代理は、本法典において除外されない民事生活上のすべての行為に及ぶ。
- (13) Julio César Rivera; Luis Daniel Crovi. *Derecho Civil Parte General*, 1^{ed.}, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2016, p. 280.
- (14) 旧民法典一五二条の二 次に掲げる者は、司法上、能力を喪失し得る…
 - 1' 習慣的な酩酊又は麻薬の使用によって、その身体又は財産に損害を与える法律行為をする者。
 - 2' 本法典一四一条所定の状態に達しておらず、裁判官がその完全な能力の行使の結果その身体又は財産に損害となり得

ると考えた場合、機能 (facultad) 減退者。

3° 財産管理行為及び処分行為における浪費によつて、家族を財産の喪失に曝す者。責任の帰属する者が配偶者、尊属、又は卑属を有し、その財産の重要な部分を浪費したならば、この場合においてのみ能力喪失となる。能力喪失の申立ては、配偶者、尊属、及び卑属にのみ認められる。

能力喪失者には保佐人が選任され、心神喪失による無能力の宣告及びリハビリテーションに関する規範が適用される。保佐人の同意がなければ、能力喪失者は生存中、財産処分行為をすることができない。

能力喪失者は、能力喪失の判決が状況を考慮して制限したことを除き、単独で、管理行為のみ行うことができる。

(15) 精神保健法三条は、「精神保健」を「歴史的、社会経済的、文化的、生物学的及び心理学的な構成要素によつて確定されるプロセス」であり、「その保護及び向上はすべての人の人権及び社会権の実体化に関する社会構造の活性化を伴うものである」と定義づけ、さらに、「すべての人の能力の推定」が原則となることを明確にした。また、五条は、「精神保健分野での診断があることは、いかなる場合においても損害の危険又は無能力を推定することを認めず、当該推定は、唯一、特定の時期における各個別の状況に関する学際的評価からのみ引き出される」として、能力に関する評価が病状診断の一边倒ではなく学際的になされることを強調した。

(16) Julio César Rivera; Luis Daniel Crovi, *op. cit.*, p. 283.

(17) 旧民法典一五二条の三 能力喪失又は無能力に関する司法上の宣告は、学際的評価によつて形成された医師ら (facultados) の診察 (examen) に基づいたものでなければならない。三年を超えることはできず、個人的自律への影響が最小限となるよう努めて、制限される機能及び行為を明示しなければならない。

(18) Julio César Rivera; Luis Daniel Crovi, *op. cit.*, pp. 242 y 283-284.

(19) *Ibid.*, p. 284.

(20) 障害者権利委員会は、障害者権利条約三四条以下に基づき、同条約の国際モニタリングのために設置される。

(21) Observaciones finales sobre el Informe inicial de Argentina, para. 19-22.

(22) 二〇一二年法案に至るまでに、アルゼンチン民法は、一九二六年草案、一九三六年法案、一九五四年草案、一九八七年法案、一九九三年法案、一九九八年法案という改正の経緯を辿つてゐる。

(23) Sofia MINIERI, 'EL DERECHO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD AL RECONOCIMIENTO DE SU CAPACI-

DAD JURÍDICA EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL CUENTAS PENDIENTES DE UNA REFORMA LEGAL NECESARIA”, in *En Letra*, Año1, N°1, 2014, p. 207.

- (24) 一般的意見第一号は、「法的能力」(条約一二条)の射程に、権利能力のみならず行為能力までが含まれることを明確にしつつある。
- (25) 訳出は、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」菅編・前掲注(1)九九頁に倣った。
- (26) アルゼンチン民法典における支援制度(sistema de apoyos)の詳細については、山口詩帆「二〇一四年アルゼンチン新民法典における「支援(apoyo)」制度——わが国の成年後見制度の改革と障害者権利条約への適合に向けて——」法学政治学論究第一二二号(二〇一九年)二〇七—二四〇頁。
- (27) 民法典四三条 概念。機能。選任。自己を統制し、財産を管理し及び一般の法律行為を行うために、それを必要とする人の意思決定を容易にする司法上又は司法外の性質を有するいかなる措置も支援(apoyo)とする。
- 支援(apoyo)の措置は、権利を行使するために、自律を促進すること並びに意思疎通、理解及び意思表示を容易にするという機能を有する。
- 本人は、支援(apoyo)として一人又は複数の信頼する者の選任を、裁判官に提起することができる。裁判官は、選任の範囲を評価し及びその起こり得る紛争又は不当な影響に関して同人の保護を提供しなければならない。決定は支援(apoyo)の措置の基礎及び資格を明らかにし、必要ならば決定は身分及び人の能力の登録簿に記載されなければならない。
- (28) Maira Herrera; Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso (coords.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado Tomo I Título Preliminar y Libro Primero Artículo 1 a 400*, 1ªed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015, p. 115; Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad (REDD); Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), “Principios de interpretación del modelo de capacidad jurídica y del sistema de apoyos del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, 2018, pp. 2-3. <<https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2018/01/Principios-de-interpretación-jurídica-CCCN.pdf>> (2019/11/14).
- (29) Sofia MINIERI, *op. cit.*, p. 207.
- (30) 民法典一三八条 適用範囲。保佐は本款において変更されない後見の規定に従う。

保佐人の主要な職務は、無能力者の身体及び財産を護衛すること並びに健康の回復に努めることである。被保護者の財産の所得は、その目的のために優先的に割り当てられなければならない。

- (31) 民商法典一〇〇条 一般規則。無能力者は、代理人を通じて、単独で行使することができない権利を行使する。
- (32) 民商法典一〇一条 列挙。次に掲げる者が代理人となる。
- a) 胎児の場合は、その父母。
 - b) 親権解放されていない未成年者の場合は、その父母。父母がない場合、父母が無能力者の場合、親責任を喪失した場合又は停止されている場合は、選任された後見人。
 - c) 限定能力者の場合は、判決に従って一定の行為のために代理をする時は、選任された一人又は複数の支援人。三二条最終項所定の無能力者の場合は、選任された保佐人。
- (33) 民商法典二五条 未成年者及び青年。未成年とは、一八歳未満の者である。本法は、一三歳以上の未成年者を青年とする。
- (34) *Marisa Herrera; Gustavo Caramelo; Sebastián Piasso (coords.), op. cit., p. 61.*
- (35) 民商法典二六条 未成年者による権利の行使。未成年者は、同人の法定代理人を通じて権利を行使する。ただし、年齢及び十分な成熟度を有する未成年者は、法令によつて認められた行為を単独で行うことができる。法定代理人との間で利益紛争がある場合は、裁判扶助 (*asistencia letrada*) を伴つて関与することができる。
- 未成年者は、自らに関するすべての司法手続において聴取される権利及び身体に関する決定に参加する権利を有する。一三歳以上一六歳未満の青年は、非侵襲的で、健康状態を危うくせず、その生活又は身体的完全性に重大な危険を生じさせない治療に関して、単独で決定する資格を有すると推定される。
- 健康状態を危うくする侵襲的な治療の場合又は完全性若しくは生活が重大な危険にある場合、青年は、同人の親権者 (*progenitores*) の援助を伴つて同意をしなければならない。両者の間の紛争は、医療行為をするかしないかの状況に関する医学的意見に基づいて、最善の利益を考慮して解決される。
- 一六歳以上の青年は、その身体の養護に関する決定につき、成年者とみなされる。
- (36) *Julio César Rivera; Luis Daniel Crovi, op. cit., p. 259.*
- (37) *Ibid., p. 259.*

(38) 民商法典二四条 行為無能力者。次に掲げる者は行為無能力である。

a) 胎児

b) 本節第二款に規定された範囲の年齢及び十分に成熟した段階に達していない者

c) 判決によって無能力を宣告された者は、その決定で定められた範囲において

(39) 民商法典三二条 限定能力者及び無能力者。裁判官は、永久的又は持続的で十分に重大な中毒又は精神の変化を患う一三歳以上の者が、その完全な能力の行使によって、身体又は財産に損害を与える場合に限り、その者が特定の行為をするための能力を限定することができる。

前記の行為に関して、裁判官は、人の必要性及び状況に応じて合理的配慮がなされた職務を明示して、四三条が定める必要な一人又は複数の支援 (apoyo) を選任しなければならない。

選任された一人又は複数の支援 (apoyo) は、自律を促進し、かつ被保護者の選好に応じた決定を容易にしなければならない。

例外的に、人がその環境との相互作用及びいかなる形態、手段又は様式によっても意思表示が絶対的に不可能な状態になり、かつ支援制度が役に立たない場合、裁判官は無能力を宣告し保佐人を選任することができる。

(40) REDL y CELS, *op. cit.*, p. 7.

(41) Walter F. Krieger; Lidia M. R. Garrido Corobera; Alejandro Borda; Pascual E. Alerillo, *Código Civil y Comercial*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2015, p. 169.

(42) 例えば、より頻繁なフォローアップ、容易かつ迅速なアクセス、及び幅広いサービスを保障するための治療等を目的として、財産を消費することである (Marisa Herrera; Gustavo Caranello; Sebastián Picasso (coords.), *op. cit.*, p. 269)。わが国においても、民法八五八条の意義は、意思決定の代行としての成年後見制度の解釈を崩さない限りで、例えば、被後見人の財産をただ維持するのではなく、生活の向上のために積極的に消費すべきという指針を示すことにあるとする見解につき、水野紀子「成年後見人の身上監護義務」判タ一〇三〇号(二〇〇〇年)一〇六頁。

(43) 民商法典一三九条 保佐人になることができる者。能力を有する者は、あらかじめ指示しておくことによって、その保佐を行うべき者を指名することができる。

父母は、後見人を指名し得る場合及び方式で、無能力又は限定能力である子の保佐人及び支援人を指名することができる。

- これらの指名は、いずれも、司法上承認されなければならない。
- これらが遵守されなかった場合、裁判官は、保護されるべき者の事実上別れていない配偶者、共同生活を営む者、子、父母又は兄弟姉妹の中から最も適任である者を選任することができる。道徳的適切性及び経済的適切性を考慮しなければならない。
- (44) Marisa Herrera; Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso (coords.), *op. cit.*, p. 270.
- (45) 民商法典六〇条 事前指示。完全な能力を有する者は、事前指示をすることができ、健康に関する委任及び無能力のための委任をすることができる。また、医療行為の同意をしなければならない者及び同人の保佐を行う一人又は複数の者を選任することができる。安楽死の実務を行うことを含む指示は、書面に含まれない。
- かかる意思の宣告は、いつでも取り消し得る。
- (46) 民商法典一〇四条 概念及び一般原則。後見は、親責任を行使する者がいない場合に、民事能力 (*capacidad civil*) の完全さに達していない少年、少女及び青年の身体及び財産に対する保護を与えるために選任される。
- 第二編第七章に列挙された一般原則が適用される。
- 親責任の章の規定に従い、監護が親族に授権されていた場合、これが最善の利益に資するならば、また同様の観点で親権者が親族にその行使を委任したならば、少年、少女及び青年の身体及び財産の保護は、監護を授権した裁判官の決定によって監護者の職務となる。この場合、委任を認めた裁判官は、少年、少女及び青年の身体及び財産の保護の機能を授権することができる。いずれの場合においても、監護者は、財産的性質を有するあらゆる問題において、少年、少女及び青年の法定代理人となる。
- (47) Marisa Herrera; Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso (coords.), *op. cit.*, p. 266.
- (48) Alicia B. Rajnili; Luis Rogelio Llorens, “Apuntes acerca del régimen de capacidad de las personas humanas en el Código Civil y Comercial de la República Argentina (Ley 26.994)”, in *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, AñoIX, No. 36, 2017, pp. 97-101. もつと、著者は無能力宣告の残置を批判し、あくまで限定能力の枠組みでの解釈を試みてゐる。
- (49) 民商法典一〇五条 特徴。後見は一人又は複数によって行使される。
- 複数によって行使される場合、判断の不一致は、検察庁のしかるべき介入を伴い、後見を選任した裁判官によって解決されなければならない。

- 後見人の職務は譲渡不可能である。検察庁は一〇三条の規定に従って介入する。
- (50) Maria Herrera; Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso (coords.), *op. cit.*, p. 222.
- (51) *Ibid.*, p. 240.
- (52) 民商法典一一八条 責任。後見人は機能の行使又はその機会において、過失によって又は作為 (acción) 若しくは不作為 (omisión) によって被後見人について生じた損害の責任を負う。被後見人、すべての親族又は検察庁は、職権で採られる場合は別として、救済のために必要な手段を司法上申立てることができる。
- (53) 民商法典一一二一条 裁判所の許可を要する行為。父母が裁判所の許可を要する行為のほか、次に掲げることのために、後見人は裁判所の許可を求めなければならない。
- a) 不動産又は被後見人の扶養の要求を満足させるのに有益でない財産 (bien) を取得すること。
- b) 被後見人の金銭を貸すこと。許可は、専ら十分な現実の補償が存する場合に与えられる。
- c) 被後見人の財産を賃貸すること又は三年を上回る期間の類似の契約を締結すること。すべての場合において、これらの契約は被後見人が成年に達した時に終了する。
- d) 住所である家 (casa habitación) でない不動産を賃借すること。
- e) 借金、相続又は贈与の拒否、売買及び破産者である債務者への信用の免除。
- f) 財産の補償又は保存にならない巨額の出費をすること。
- g) 後見人の四親等内若しくは二親等内の親族又は緊密な同僚 (socios) 若しくは友人が、直接又は間接的にこれらすべての行為を行うこと。
- (54) 民商法六九二条 裁判所の許可を要する行為。子の財産を処分するためには、裁判所の許可を要する。許可なくなされた行為が子に損害を与える場合、無効と宣告される。
- (55) Maria Herrera; Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso (coords.), *op. cit.*, pp. 241-242.
- (56) *Ibid.*, p. 242.
- (57) 民商法典一三五条 後見の終了事由。後見は、次に掲げる理由によって終了する。
- a) 被後見人の死亡、親権解放又は後見の原因となる事由の消滅。
- b) 後見を行う者の死亡、無能力、限定能力の宣告、裁判官による解任又は辞任。後見として二名が選任された場合、一

方に生じた終了事由は他方に影響せず、正当な理由があつて裁判官がその終了が適切であると考える場合を除き、その職務において維持されなければならない。

後見人が死亡した場合、遺言執行人、相続人又は他の後見人は、当該死亡の事実を後見の裁判官に即時に通知しなければならない。その場合、未成年被後見人の身体及び財産の保護のために、緊急措置が採られなければならない。

(58) Maria Herrera; Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso (coords.), *op. cit.*, p. 263.

(59) *Ibid.*, p. 264.

(60) 民商法典一三六条 後見人の解任。次に掲げる事由は、後見人の解任事由である。

a) 後見人となることを妨げる何らかの事由に該当すること。

b) 被後見人の財産目録を作成しないこと又は忠実に作成しないこと。

c) その義務を然るべく果たさず又は共同生活上の重大かつ継続的な問題を有すること。

被後見人及び検察庁は、解任請求の原告適格を有する。

また、裁判官は職権で、当該処分をすることができる。

(61) Maria Herrera; Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso (coords.), *op. cit.*, p. 265.

(62) *Ibid.*, p. 265.

(63) Julio César Rivera; Luis Daniel Crovi, *op. cit.*, p. 252.

(64) 民商法典一〇三条 検察庁の活動。未成年者、無能力者及び限定能力者並びにその能力の行使が支援制度を要する者に関する検察庁の活動は、司法上の分野において、補足的又は主要なものである。

a) 未成年者、無能力者及び限定能力者の利益に関するすべての手続において、補足的である。介入の欠如は、行為の相対的無効を生じさせる。

b) 次に掲げる場合に、主要な活動をする。

i) 被代理人の権利が危うい状態になり、かつ代理人の不作为が存在する場合

ii) 手続の目的が代理人の職務としての義務の履行を求めるものである場合

iii) 法定代理人が欠如し、かつ代理を提供することが必要な場合

司法外の分野において、社会的、経済的及び文化的権利が危うくなる場合に、検察庁は不在、欠如又は不作为に対して活

動す。

- (65) Marisa Herrera; Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso (coords.), *op. cit.*, p. 86; Julio César Rivera; Luis Daniel Crovi, *op. cit.*, p. 291.
- (66) *Ibid.*, p. 296.
- (67) 民商法典四〇条 再審査。宣告された判決の再審査は、本人の請求によりいつでもなされ得る。三二条所定の場合において、判決は、新たな学際的意見に基づき、本人との個人面接を行い、三年を超えない期間内に裁判官により再審査されなければならぬ。
- 検察庁の義務は、第一項所定の再審査の現実の履行を監督し、その際、裁判官が定められた期間に履行しなかった場合、再審査を行うよう求めることである。
- (68) Julio César Rivera; Luis Daniel Crovi, *op. cit.*, p. 290.
- (69) 小林昭彦「大門匡『新成年後見制度の解説』(金融財政事情研究会、二〇〇〇年)二八三頁。

山口 詩帆 (やまぐち しほ)

所属・現職 慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程
 最終学歴 慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程
 専攻領域 民法
 主要著作 「二〇一四年アルゼンチン新民法典における「支援 (apoyo)」制度——わが国の成年後見制度の改革と障害者権利条約への適合に向けて——」『法学政治学論究』第一二二号 (二〇一九年)