

科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 26 年 6 月 11 日現在

機関番号：13101

研究種目：基盤研究(C)

研究期間：2011～2013

課題番号：23530087

研究課題名(和文) 障害者権利条約と統合的な制限行為能力制度の再構築

研究課題名(英文) Reconstruction of the Adult Guardianship System compatible with the CRPD

研究代表者

上山 泰 (KAMIYAMA, Yasushi)

新潟大学・人文社会・教育科学系・教授

研究者番号：50336103

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 2,600,000円、(間接経費) 780,000円

研究成果の概要(和文)：本研究は、成年後見制度が障害者権利条約との関係で抱える課題点を整理し、条約と整合性の高い制度を再構築するための改善の方向性を検討したものである。まず、条約の成立過程とその後の実施過程を精査し、「代理決定から意思決定支援へ」というパラダイム転換の要求が強まり、現行の成年後見類型はもとより、保佐、補助類型まで含めて、国連からの改善勧告を受ける蓋然性が高いことを確認した。他方、行為能力制限による取消権の実効性に関する実態調査等を踏まえ、その範囲を縮減しても、本人の保護を図れる余地があることを指摘した。併せて、意思決定支援の理念を現行制度の運用の中で実現するための解釈論の方向性を示唆した。

研究成果の概要(英文)：The purpose of this study is to sort out the issues of a conflict between the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) and Japanese Adult Guardianship Law, and to consider the direction of improvements in order to reconstruct the new Guardianship system suitable for the CRPD. First, I attempted to closely review the discussions about the wording of the CRPD during the sessions of the UN Ad Hoc Committee. Second, I examined the Declarations and Reservations to Article 12 of the CRPD which were made by some States Parties. And finally, I surveyed all the Concluding Observations which were published by the Committee on the Rights of Persons with Disabilities. On the basis of these observations, it can be said that the Committee has been increasingly emphasizing the concept of 'paradigm-shift from substituted decision-making to supported decision-making'. As a result, there is a high possibility that they will completely disapprove of the current Japanese guardianship.

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：民事法学・民法

キーワード：成年後見制度 制限行為能力制度 法定代理権制度 障害者権利条約 意思決定支援 legal capacity
国際情報交換 多国籍

1. 研究開始当初の背景

(1) わが国の成年後見制度改正(民法等改正)が成立した1999年に、欧州では、欧州評議会閣僚委員会による「判断能力不十分な成年者の法的保護に関する基本原則」が公表されている。そこでは、本人の保護を目的とした成年後見制度の裏面にある本人の自己決定権侵害の要素を直視して、「判断能力不十分な成年者の保護を目的とした法的干渉を必要最小限の範囲にとどめること」が、制度設計の基本理念に据えられていた。2005年頃を境として、この基本原則を踏まえる形で、欧州各国では自国の成年後見制度の法改正が活発に実現していく。その後、2006年に締結(2008年発効)された国連障害者権利条約は、こうした理念をさらに推し進め、その12条において「法的能力(legal capacity)享有の平等原則」を掲げて、判断能力不十分者に対する支援方法を「代理・代行決定型から意思決定支援型へとパラダイム・シフトさせること」を強く要請するに至っていた。

(2) 他方、2000年4月に施行された、わが国の現行法定後見制度も、こうした国際的な潮流と親和性のある改革を実施してはいた。例えば、「自己決定の尊重」や「ノーマライゼーション」といった新たな基本理念を導入したほか、「補助制度の新設」、「日常生活に関する行為に対する取消権排除」(民法9条但し書き)、「保佐人の同意権に代わる裁判所の許可制度の導入」(民法13条3項)、「本人意思尊重義務の明示」(民法858条)等を実現している。しかし、この一方で、法定後見の開始と本人の能力制度の機械的連結の残置(後見、保佐)、能力制限範囲の硬直性(特に後見)、期間の限定や見直しに関する規定の不在、民法外での資格制限等への機械的流用(成年後見制度の転用問題)といった要素のために、わが国の成年後見制度は、本人に対する権利制限(法的な能力制限)の要素をなお色濃く残しているといえる。このことは、障害者権利条約の批准やその国内実施にとって重要な障害になることが予想され、わが国の法定後見制度の内容を条約との関係から精査しなおして、条約と整合的な制度を再構築することが急務の課題となっていた。

2. 研究の目的

(1) 本研究の最終的な目的は、障害者権利条約と整合的な判断能力不十分者のための権利擁護の仕組みとして、現在のわが国の法定後見制度を再構築することにある。

(2) まずは、考察の大前提として、障害者権利条約12条が要請する「法的能力(legal capacity)享有の平等原則」の具体的な意味を、日本法の文脈に従って、明らかにする。そして、この上で、制限行為能力制度と法定代理制度を基本要素とする、わが国の法定後見制度の構造的な問題点について、あらためて精査しなおして、わが国が条約を批准した

場合に要求されるであろう、現行制度に関する法改正の方向性について具体的な提言を行う。特に、制限行為能力制度については、本人の保護目的に釣り合わない(比例原則に適合しない)過剰な能力制限=権利制限のリスクという観点から、「法定後見開始との機械的連動性」、「能力制限範囲の硬直性と過剰性」、「能力制限期間(法定後見期間)の過剰性」といった欠陥を持つことが、私見を含めて既に一部で指摘されてきているが、こうした指摘の妥当性に関して、条約12条の観点から再検討を加えていく。

(3) ところで、判断能力不十分者の財産被害の回復手段として、制限行為能力制度に基づく取消権の行使がもっとも実効性の高い法的手段であると、一般に理解されていることを踏まえるならば、仮に制限行為能力制度を廃止もしくは縮減した場合に、なお本人の適正な法的保護を保障できるかが問題となるだろう。そこで、この点に関して、本研究では、まずは、「能力制限に基づく取消権」という手段が、現実の被害の救済にどこまで実効性を持つものであるのかについて、実態調査を踏まえた具体的な分析を行う。さらに、制限行為能力制度が属人的な性質を持つ点がスティグマの温床となりやすく、その差別的な性格をより強調しているのではないかとの観点から、属人的性質を持たない消費者保護法制を、本人にとって制約の少ない代替的な保護・支援手段として位置付けることができないかを検討する。

(4) 最後に、条約12条が判断能力不十分者に対する原則的な支援手法として想定している「支援付き意思決定(supported decision-making)」を、わが国の私法体系と整合する法技術として導入する方策について検討を進めるとともに、こうした手法によって、従来型の成年後見制度が採用してきた代理・代行決定型の支援手法を完全に排除して、これに代置することが可能かを検討する。

3. 研究の方法

(1) 本研究の方法は、第1に、海外文献を含む文献調査の手法による理論的研究による。ここでは、その分析の対象として、障害者権利条約、各国の成年後見制度における能力制限の態様、及び、能力制限と同質の救済機能を持つ消費者保護法制を中心とする。特に障害者権利条約については、国連の特別委員会における条約の起草過程を、公表されている議事資料に基づいて詳細に分析することによって、条約成立時に想定されていた12条の射程を明らかにすることに加えて、締約国に対して行われる国際モニタリングの内容について、当該国に対する国連障害者権利委員会の総括所見の内容等を基礎資料として分析していくことで、条約の国際的実施のレベルにおいて、12条が各国の成年後見制度をどのように評価しているかを詳細に検討していく。

(2) 第2に、上記の各研究対象に関する複数の学際的な研究会に参加して、報告・討議することを通じて、わが国の成年後見制度を構成する制限行為能力制度と法定代理制度の理論的な正当化根拠等に関する基礎理論的研究を実施する。

(3) 第3に、国内及び海外での能力制限や法定代理権行使の実態を調査するためのフィールドワークとして、現地調査を行う。特に、わが国における制限行為能力制度の実情より具体的には法定後見制度上の取消権の実効性を明らかとするために、専門職後見人団体等の実務家の協力を仰ぎつつ、アンケート調査等の手法を通じて、実証的な分析を試みていく。

4. 研究成果

(1) まず、本研究の中核であり、その大前提ともなる障害者権利条約12条の具体的な射程について、全8回の会期に渡る国連の特別委員会での審議内容の分析や、最終的な文言の決定に至るまでの各草案（作業部会草案、議長草案、集積議長草案）のテキスト・クリティーク等を通じて、条約の策定過程から導かれる条約成立時点での内容を明らかにした。審議過程における法定後見制度と関連する争点は2点であった。

第1は、12条の「法的能力（legal capacity）」という概念が、日本法上の「権利能力（capacity for rights）」に相当する能力だけではなく、「行為能力（capacity to act）」に相当する能力を含むかである。この点は、特に特別委員会第5回会期の最大の争点となった。仮に後者が射程に含まれ、12条2項の「法的能力の享有の平等」が行為能力の完全平等までも意味するならば、精神上的障害を理由とする行為能力の制限は、端的に全て条約違反になる可能性が生じる。したがって、この論点が、わが国を含む各国の成年後見法政策に与える影響は非常に大きいものであったからである。

この点について、主に大陸法系の諸国は、各国の制限行為能力制度の維持を念頭に、この用語に行為能力は含まれないことを強調した。たとえば、先述の第5回会期では、12条の前身である作業部会草案9条の法的能力の定義が最大の争点となったが、ロシア、中国、アラブ諸国等の強力な主張の結果、会期終了時にまとめられた暫定草案9条2項柱書きには、「アラビア語、中国語、ロシア語では、法的能力という用語は、行為能力（capacity to act）ではなく、権利能力（capacity for rights）という意味を表している」との脚注が付されることとなった。この脚注の取り扱いをめぐる対立は根深く、まさに条約成立の土壇場である特別委員会第8回再開会期でようやく最終的に削除されている。ただし、この際にも、イラクがエジプト等21ヶ国のアラブ諸国を代表して、12条2項の法的能力は、アラブ各国の国内法に従っ

て、行為能力ではなく、権利能力を意味しているという理解に基づいて、脚注削除に同意する旨の書簡を読み上げている。

特別委員会での審議において、条約12条の成立に大きな影響を与えたと思われる女子差別撤廃条約15条2項の射程が、その文言上、権利能力だけではなく、行為能力にも及ぶと理解できること、さらには、紛糾した第5回会期での議論を受けて、国連人権高等弁務官事務所が第6回会期に提出したレポートが、暫定草案9条2項の法的能力概念はその動的要素としての行為能力の概念を含むと指摘していたこと等を考え合わせると、条約12条の法的能力概念は行為能力概念を含むと理解する方が穏当であると思われる。しかし、先述した暫定草案9条2項への脚注を巡る騒動の顛末が物語るように、条約12条の下で行為能力の制限が認められるかについて、結局、条約成立の最後に至るまで締約国間での完全な合意は得られなかったことにも留意しておく必要があるだろう。

条約審議過程での争点の第2は、条約12条の下での、法定代理権（代理・代行決定権限）制度の存続可能性である。ただし、政府代表間に激しい意見対立があった第1の争点とは異なり、この点に関する対立の構図は、政府代表側と判断能力不十分者の当事者団体であるNGO側（国際障害コーカス等）の見解の相違が目立つものであったことに留意する必要がある。

条約12条の審議過程では、「代理・代行決定（法定代理権）から自己決定支援（支援付き意思決定）へのパラダイム・シフト」が重要な基本理念として位置づけられていた。この争点は、主に特別委員会第7回会期で議論されたが、各国政府代表の見解の相違は、この基本理念の強調の度合いに関する温度差の違いとして捉えることが可能な範囲にとどまっていたといえる。

具体的に言えば、政府代表の立場は、自己決定支援へのパラダイム・シフトをより強調するために、「法定代理人・代行決定権者（personal representative）」という用語を条約の文言に明示すべきでないとする立場（A説：カナダ、オーストラリア、EU、コスタリカ、ブラジル、ニュージーランド等）と、「法定代理人・代行決定権者」の存在意義を強調して、この用語を条文にも明示すべきだとする立場（B説：セルビア、イエメン、アフリカ・グループ等）に2つに大きく割れていた。しかし、いずれの側も、「自己決定支援の手法が、法定代理に代表される代理・代行決定型の仕組みよりも優先されるべきこと」、「ただし、ラスト・リゾートとしては、代理・代行決定型の仕組みをなお容認すべきこと」の2点については、共通認識を持っていたといえる。他方、こうした姿勢とは大きく異なる見解を強力に主張したのが、国際障害コーカス等の障害当事者団体であるNGOであった。すなわち、NGO側は、「0から

100%の支援」という理念的なスローガンを掲げた上で、代理・代行決定型に基づく伝統的な後見制度を廃絶して、支援付き意思決定という自己決定支援型の仕組みへと全面的に転換すべきことを強く要求したのである（C説）。こうした要求は、先述のパラダイム・シフトを極限まで貫徹させることを意味するわけだが、仮にこの立場にたてば、判断能力が不十分な成年者に対して、（少なくとも本人の意思的関与なしに）法定代理人を付与する仕組みは、全て条約違反となる可能性が生じることになり、先の行為能力制限以上に、各国の成年後見制度に致命的な影響を及ぼすことになる。

最終的な12条の規定ぶりは、「法定代理人・代行決定権者」という用語を条文から外す一方で、「支援付き意思決定」という概念も明示しないという、玉虫色の決着となったわけだが、条約の策定過程をみる限り、条文の立案自体は、C説ではなく、A説の方向で落ち着いたと理解するのが妥当であり、少なくとも条約成立の段階でラスト・リゾートとしての法定代理人選任可能性までが完全に否定されていたとは考えにくい。

(2) しかし、こうした条約成立の時点でおそらくは大半の政府代表が想定していたと思われる12条の射程は、条約の国際的実施の段階において、大きく変容を遂げていると評価できる。国際モニタリングの総括所見等の資料の分析を通じて、この点を明らかにしたことが、本研究の第2の成果である。

実は、条約の批准に当たって、12条関連の留保や解釈宣言を行った国が少なくない。というのも、上記のように、12条の解釈をめぐる2つの争点は、各国の法定後見制度の存続にとって致命的な影響を与えうるものであったにもかかわらず、12条の規定ぶり自体は、できる限り多くの批准国を確保するという戦略的な目的も手伝って、意図的に曖昧な解釈の余地が大きい表現が採用されていたからである。このため、NGOが主張していたように、支援付き意思決定へのパラダイム転換を最も厳格に貫徹する立場に依れば、本人の行為能力制限や障害を理由とする法定代理人の選任は一切認められず、伝統的な法定後見制度は全面的に廃止されるべきことになる。そこで、こうした事態を懸念した諸国は、あらかじめ留保や解釈宣言を通じて、本人を保護するためのラスト・リゾートとして、必要最小限の範囲で、行為能力の制限や法定代理人の選任の可能性を保障しようとしたわけである。こうした対策をとった諸国の中には、カナダやオーストラリアのように、条約の審議過程において、障害当事者側の視点から支援付き意思決定への転換をむしろ積極的に推進しようと尽力していた国が含まれていることにも留意すべきであろう。

さて、実際に障害者権利委員会による批准国への国際モニタリングが開始されると、こうした諸国の懸念は杞憂ではなかったこと

が明らかになった。障害当事者が大半を占める委員の構成も手伝ってか、障害者権利条約12条の実施は、条約策定時にNGOが主張していたもっともラディカルな立場、すなわち、行為能力の制限や法定代理人の選任はラスト・リゾートとしてすら認められず、こうした要素を持つ従来型の法定後見制度はすべて廃止して、支援付き意思決定という新たな仕組みへと全面的に転換すべきだという見解に沿って行われているのである（この姿勢は、2014年4月に採択された12条に関する一般意見でも明瞭に維持されている）。実際、本研究が終了した2014年3月末の時点で、既に10カ国に対して、モニタリングの最終報告書である総括所見が委員会から公表されているが、その全てで対象国の法定後見制度（adult guardianship）を廃止して、支援付き意思決定の体制へと全面転換すべきことが勧告されている。さらに、2013年10月21日付のオーストラリアに対する総括所見では、12条に関するオーストラリアの解釈宣言（厳格なセーフガードの下でのラスト・リゾートとしての法定代理人選任の可能性を維持しようとするもの）を撤回する方向で検討すべきことが勧告されている。ここには、留保や解釈宣言を通じて、条約12条の下で従来型の法定後見制度の仕組みを維持することは認めないとする、障害者権利委員会の強い姿勢が表明されているといえるだろう。

以上のような本研究の成果、すなわち、障害者権利条約12条の策定過程とその実施の実情までを対象とする、民法学の視点からの包括的な分析は、国内はもとより、国際的にも先行する業績が存在しないものと思われ、この領域において重要な価値を持つものと考えられる。

(3) 本研究の第3の成果は、上記の障害者権利条約12条の射程の理論的な分析を踏まえた、わが国の法定後見制度の評価に関わるものである。

従来、私見も含めて、条約12条への抵触という視点をもって、現行制度の改善を主張する見解は、厳格なセーフガードに基づいて、本人の保護にとって必要最小限の範囲で介入するという基準が遵守されていれば、12条には違反しないという理解を前提として、法改正の提言等の議論を進めてきたといえる。具体的に言えば、現行の法定後見制度のうち、後見類型と保佐類型については過干渉のリスクが大きいため、明らかに12条への抵触が認められるが、少なくとも補助類型についてはその可能性が低いと捉えて、いわゆる「補助一元化論」が有力に主張されてきたといえる。ところが、上記のように、その是非はさておき、少なくとも現在の国連障害者権利委員会の方針を前提とする限り、本人に対する制約が最も少ない補助類型までも含めて、現行の法定後見制度全体が一律に12条に反するという勧告を受ける蓋然性が高い

ことが明らかとなった。この点も本研究による新たな知見と位置づけることができると思われる。

こうした状況を踏まえると、仮にわが国において、制限行為能力制度に基づく取消権を廃止もしくは縮減した場合に、判断能力の不十分な成年者に対して、少なくとも現状と同程度の適正な保護を確保できるかという問いが、さらに重要な課題になってくる。もっとも、こうした問いをたてるためには、そもそも現在の制限行為能力制度に基づく取消権が本人にとって真に実効的な保護手段（不当な財産被害からの救済手段）として、現実に機能しているのかが問われなければならないだろう。

そこで、本研究では、この点に着目して、取消権の行使に関する実証的な分析に取り組んだ。具体的には、わが国最大の専門職後見人団体である「成年後見センター・リーガルサポート」（司法書士の専門職後見人団体）の全面的な協力を得て、同団体が会員約4,200名を対象に行った、本邦初の取消権行使の実態に関する大規模なアンケート調査（2012年4月実施「取消権行使についてのアンケート」・回答数1263）の結果を分析して、論文としてまとめて公表した。この分析の主要な結論は、次の通りである。第1に、取消権が実際に行使される事案はかなり少ないこと、第2に、取消権が実際に行使される頻度は、本人の能力の程度と反比例していることである。具体的には、本人の能力低下の度合いが最も高い後見類型での取消権行使率が1.09%にとどまっている一方、中間の保佐類型が4.87%、最も本人の能力が高い補助類型が13.9%となっている。この事実は、取消権の正当化根拠を単純に本人の能力低下の事実のみによって基礎づけるのは困難であることを示しているといえる。また、第3に、実務的な取消権に対する大きなニーズの1つとして、親族からの財産搾取に対する防衛策という要素があることが判明した。こうした領域は、消費者保護法制の拡張といった手法では対応できないものであり、取消権の廃止・縮減時の代替的な救済手段を検討していく上で見逃すことのできない問題であると考えられる。

(4) 本研究の第4の成果は、障害者権利条約12条が打ち出した自己決定支援（支援付き意思決定という手法）の代行決定（代理権行使）に対する優越性という観点から、任意後見制度と法定後見制度の関係性を見直すことによって、前者の后者に対する支援手法としての優先性（任意後見契約法10条等が示す「任意後見優先の原則」）が相対的なものにすぎないのではないかと問題を提起した点にある。従来から、任意後見制度が事前的な自己決定の仕組みであることを根拠に、法定後見制度よりも本人の自己決定（権）尊重という理念に親和性が高いものとして理解されてきている。この点は、国際的な文

脈でも同様であり、任意後見優先の原則という立法政策は任意後見制度を持つ諸国に共通して採用されている（任意後見やりピングウィル等のアドヴァンス・ダイレクティブに関する、2009年の欧州評議会閣僚委員会勧告も同様）。また、おそらくは同様に、任意後見が本人の事前の自己決定に基づく仕組みであることを根拠として、障害者権利条約12条をめぐる議論の中でも、任意後見の同条への抵触可能性を論じる見解は、法定後見に対してきわめてラディカルな批判的姿勢を示している国連障害者権利委員会を含めて、まったく見当たらない。しかし、自己決定支援（意思決定支援）という手法を判断能力不十分者に対する支援の基本原則として理解するのであれば、理論的には、任意後見人の任意代理権行使時においても、「本人のいま・ここでの自己決定」との矛盾・抵触の問題は生じうるはずである。この点を捉えて、本研究では、自己決定支援という視点を据えることを通じて、法定後見と任意後見の関係性をより相対的なものとして理解する余地があるのではないかと問題提起を行った。

加えて、自己決定支援を法定後見と任意後見に共通する原則的な支援手法と位置づけるという視点から、主として民法858条の本人意思尊重義務の解釈に依拠する形で、障害者権利条約12条が求める「代理・代行決定から自己決定支援へのパラダイム転換」という基本理念を現行法の運用の中である程度までは実質的に実現できるのではないかと示唆を行った。この点は、従前から私見が展開していた「制限行為能力制度に基づく取消権の謙抑的運用」に関する解釈論の視点をさらに推し進めた結論でもある。

(5) さらに、こうした視点は、わが国の保佐類型と補助類型における法定代理権と、補助類型における能力制限が一定の本人の意思的関与（本人による申立て又は同意が要件とされていること）の意義を、障害者権利条約12条との抵触を考える上で、より精密に分析する必要があるのではないかと問題意識につながった。特に後者については、本人のある種の自己決定に基づく行為能力制限の可否という、新しい原理的課題の検討を必要とするものといえる。この点は、本研究から生じた今後の発展的課題として位置づけられるものである。

(6) また、本研究から生じた、もう1つの発展的課題として、障害者権利条約が採用する「障害の社会モデル」と、現在のわが国の民法典が暗黙裏に前提としている「障害の医学モデル」（障害を機能障害＝インペアメントとして理解する個人主義的モデル）との本質的な齟齬が、本研究の対象とした成年後見制度の領域においてのみならず、契約法、不法行為法、家族法等の諸領域を含めた、民法典全体において、重要な解釈問題を潜在させているのではないかと問題意識につながった。この点についても、本研究における成果

の1つとして、民法解釈論上の争点となりえる領域を概観する問題提起のための論考を公表することができた。ただし、そこで提示した各論点に関する本格的な考察(とりわけ、民法規範と社会保障法規範との相互作用に関する原理的分析等)は、まさしく今後の課題であり、本研究の成果を踏まえて、筆者の次の研究テーマとして取り組む予定である。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

[雑誌論文](計10件)

上山 泰、高齡期の消費者被害と「成年後見制度」、社会福祉研究、査読無、119号、2014、38-45

上山 泰、障害者権利条約の視点からみた民法上の障害者の位置づけ、論究ジュリスト、査読無、2014、8号、2014、42-48

上山 泰、制限行為能力制度に基づく取消権の実効性 成年後見センター・リーガルサポートのアンケート調査結果を踏まえて、筑波ロー・ジャーナル、査読無、14号、2013、1-29

上山 泰、公職選挙法改正と成年後見制度の転用問題、週刊社会保障、査読無、2731号、2013、44-49

上山 泰、法定後見・任意後見・自己決定支援(意思決定支援) 2009年欧州評議会閣僚委員会勧告の紹介を含めて、実践成年後見、査読無、45号、2013、64-77

上山 泰、任意後見契約の優越的地位の限界について、筑波ロー・ジャーナル、査読無、11号、2012、97-132

上山 泰、日本における公的成年後見制度の導入について ドイツの運用スキームを参考に、大原社会問題研究所雑誌、査読無、641号、2012、44-58

[図書](計1件)

菅 富美枝、上山 泰、熊谷士郎 他、法政大学出版局、成年後見制度の新たなグラウンド・デザイン、2013、438

6. 研究組織

(1)研究代表者

上山 泰 (KAMIYAMA, Yasushi)

新潟大学・大学院人文社会・教育科学系・教授

研究者番号：50336103