

〈判例研究〉

ドイツにおける任意後見代理権と 本人の自己決定の尊重について

—連邦通常裁判所2014年3月25日判決(BGH, FamRZ 2014, S.937) —

三 宅 利 昌

目 次

- 1 はじめに
- 2 連邦通常裁判所2014年3月25日判決
- 3 任意後見代理権 (Vorsorgevollmacht) に関する判決の意義
- 4 むすびにかえて

1 はじめに

わが国では、法定後見制度の改正とともに、2000年4月から任意後見契約に関する法律が施行された。任意後見契約とは、本人が十分な判断能力がある間に、将来、精神上の障害により事理を弁識する能力が不十分な状況になった場合に備えて、任意後見人を選任しておき、後見事務（自己の生活、療養看護、財産の管理に関する事務）を委託し、その委託にかかる事務について代理権を付与する契約である（任意後見契約に関する法律2条）。この任意後見契約は、任意後見監督人の選任から効力を生じる（同法4条）。

一方、ドイツでも、まだ判断能力がある間に自分の信頼する人に対して、将来、後見事務の処理が必要になったときに備えて代理権を授与しておくことができ、この代理権は、本人が判断能力を喪失したのちにおいても存続するものとされている。そして、このような代理権によって本人の事務が法定後見と同様に的確に処理される限りでは、法定後見は開始しないとされている（BGB1896

条2項2文)。

わが国の任意後見契約とドイツの制度とでは、契約の効力の発生時期などに違いがみられる。しかし、わが国においても、本人の判断能力が十分な間は任意代理契約を結び、判断能力が低下した場合に任意代理契約を終了させて任意後見契約へ移行する契約を結ぶことも可能である。

将来の判断能力の低下に備えて任意後見契約や任意代理を利用した場合に、任意代理人は本人に対してどのような義務を負うのか。任意後見契約では、任意後見人は、後見事務を行うにあたっては、本人の意思を尊重し、かつ、その心身の状態および生活の状況に配慮しなければならないとされる（任意後見契約に関する法律6条）。本人の意思の尊重および身上の配慮として、任意後見人は具体的にどのような義務を負うのか。また、任意代理を利用した場合はどうであろうか。

本稿では、後見事務を委託された場合に、任意代理人はどのような配慮をもつて、そしてどのような方法でその後見事務を処理し、また、代理権を行使することを求められるのか、それは何から導き出されるのかについて、ドイツ連邦通常裁判所判決を素材として考察する。

2 連邦通常裁判所2014年3月25日判決¹⁾

(1) 事実の概要

被告の母親は、2004年1月に被告（息子）に対して相続財産の前渡しとする目的で土地家屋を贈与した。被告は、贈与された家屋の終身の居住権を母親に与えた。2009年に母親は被告に対して公正証書により包括的代理権および世話事務の代理権（General - und Betreuungsvollmacht）を授与した。

母親はその家屋に一人で暮らしていたが、2009年8月に屋内で転倒し、治療のため病院に入院した。2009年9月15日に、母親は退院することになったが、当面の間は世話を必要とする状況であった。従来の家屋で生活するための家族による支援が確保できなかつたため、母親は、被告が探してきた介護施設（Pflegeeinrichtung）に入ることになった。被告は、すでに2009年9月1日にこの施設と無期限の完全入所契約を締結しており、その翌日には、母親の電話

接続契約および緊急呼び出しシステム契約 (Hausnotrufvertrag) の解約を行っていた。これらの解約は、母親に相談なく行われた。

2009年9月25日に、被告の母親は被告に授与した包括的および世話事務の代理権を撤回した。また、母親は、被告によって締結された長期の介護契約の解約を申し込み、自宅での保護の体制が整うまでの短期の介護を申し込んだ。これらの書面は母親の隣人によって作成された。

母親に対する法律上の世話 (rechtliche Betreuung) の開始に関する後見裁判所の審決の前に、被告は2009年10月16日の書面をもって介護施設に対して、長期の介護契約の解約は被告によってのみ表明されうこと、および家族の構成員も隣人も母親との面会を許してはならないことを通知した。また、2009年10月19日の書面では、被告の訴訟代理人が、母親が選任した弁護士に対して、母親が授与した代理権は母親の認識に関する欠損 (kognitive Defizite) を考慮すると無効である可能性があることを指摘した。そして被告の知らないところで介護施設と連絡を取らないように要求した。

被告の母親は、病院に入院している間に、そしてその後も何度か、精神能力および介護の必要性に関して鑑定を受けた。2009年9月7日に法定医療保険のメディカルサービス (Medizinischer Dienst der Krankenversicherung : 以下、MDK) が行った社会法典第11編による介護必要性の確定に関する鑑定では、要介護段階Ⅰとされ、その精神能力に関しては、認知症による能力障害、知的障害、思考の障害が確認されている。母親は、時間や状況についての見当識の障害がみられ、自己の能力を過大評価しており、日常の反応能力が相当に限定されていた。介護を根拠づける診断としては、より詳細には、認知症および老衰 (senilität) が述べられている。介護者がいないので、完全な介護が必要と判断された。また、W市による2009年10月5日の後見裁判所への報告では、初期の認知症の場合と同様の日常の反応能力の相当な低下が確認されている。

2009年12月には、後見裁判所は、母親の姪の夫を仮世話人 (vorläufiger Betreuer) に選任した。母親は、2010年2月に仮後見人に対して公正証書により代理権を授与した。この代理権が専門家の鑑定に基づき裁判所により有効と判断され、2010年3月に法律上の世話は終了した。

被告の母親は、2010年6月28日の書面をもって、重大な忘恩 (Undank) を

原因として贈与の撤回を表明し、贈与した土地家屋の返還を求めて訴えを提起した。母親は、重大な忘恩の理由として、被告が自分の意思に反して期間の定めのない介護契約を締結し、授与された代理権を濫用していること、加えて、世話の手続や第三者に対しても、母親はもはや自分で意思の形成ができないと述べたとしている。訴訟の係属中に母親は死亡した。

第1審、第2審では、被告の行動が「贈与者に対する重大な過誤」にあたるか、被告は重大な忘恩行為を行ったのかが争点となつた。第1審 (LG Aachen) はこれを認めたが、第2審 (OLG Köln) はこれを否定した。第1審、第2審ともに、代理権の撤回前の被告の行動と、撤回後の被告の行動を区別した。撤回前の被告の行動については、ともに息子の行動を重大な過誤にはあたらないとした。母親との協議なく行われた措置は取り消すことが可能であり、また、被告は母親を介護施設へ入所させることは母親の利益に反するものではないと考えてしかるべきであったことを理由とする。撤回後の被告の行動については、第1審と第2審では判断が異なる。代理権の撤回にもかかわらず、また母親との協議もなく代理人として権限を引き続き行使したことについて、第1審は、重大な過誤にあたると判断したが、第2審はあたらないとした。第2審は、被告が鑑定結果など十分な理由に基づいて代理権の撤回が有効ではないと考えていたこと、介護施設への面会の禁止の指示も母親を介護施設の環境に慣れさせることを目的としていたことが否定できないことなど、被告の主観的な側面に焦点をあて、被告の行為は重大な忘恩行為にはあたらないと判断した。²⁾

(2) 判決理由

連邦通常裁判所は、原判決を破棄し、事件を原審に差し戻した。「BGB530条1項によれば、受贈者が重大な過誤により贈与者に対し重大な忘恩行為について責任があるときは、贈与者は贈与を撤回することができる。贈与は、原則として、撤回できないとされるが、贈与者が受贈者に対して期待することができるところの贈与者の利益を顧慮する義務に違反するときは別である (BGH, Urteil v. 24.3.1983-IX ZR 62/82-, BGHZ 87, 145, 148)。受贈者が、この贈与者の義務にもはや甘受することのできないやり方で違反していないのかどうかが、贈与者に対する忘恩行為か否かを決することになる (BGH, Urteil

v.19.1.1999-X ZR 60/97-, FamRZ 1999, 705)。

1. 控訴裁判所は、贈与の撤回には、客観的にみて、受贈者の重大な過誤であることだけでなく、さらにその過誤が、主觀的な観点からみても、贈与者の期待することができる感謝 (Dankbarkeit) が相当な程度において感じられない、そのような受贈者の心情の表れであることが必要であるとしている。この点は、確かに法的には的確である。これらの要件が満たされているかどうかは、個別の事案の諸事情の総合的な評価に基づいて判断させなければならない。……贈与者の期待することができる感謝について、贈与者が何を期待することができるかの手がかりは、贈与の対象および価値、ならびに贈与の動機から明らかになるだけでなく、贈与者と受贈者との個人的な関係 (persönliche Verhältnis) からも明らかになる。後者があてはまるのは、その個人的な関係が、贈与者に対して受贈者が特別な責任を負うことによって特徴づけられる場合である。

2. 控訴審裁判所は、贈与者と受贈者の個人的な関係を個々の事件のすべての事情の総合的評価に含めることを的確に行っていない。……控訴審裁判所は、被告の母親が重大な忘恩行為と考えていた被告の行動を、その全体において把握しておらず、また評価していない。控訴審裁判所は、被告によってなされた母親に関する措置が実際に必要であり、かつ、法的にも許されるのかどうか、あるいは被告が許されるものと判断してしかるべきであったかについて、もっぱら被告の視点から審査しており、その結果、被告のとった措置に贈与の撤回を正当化する重みを認めなかつたのである。

控訴審裁判所は、母親による包括的代理権および世話事務の代理権の撤回後の被告の行動および指示を被告の重大な過誤とは考えなかった。その理由として、被告は、— 2009年9月のMDKの鑑定をよりどころとして — 母親の行為無能力の可能性とそれによる代理権の撤回の無効を出発点としてしかるべきであったこと、そして、第1審裁判所の見解によれば必要とされた母親との対話が、医学の素養のない被告にどの程度に母親の行為能力に関するより深い認識を得させることができたかが明らかではないとしている。

これらの考察は、控訴審裁判所が、訴えにおける母親の事実陳述を本質的に把握しておらず、また、評価していないことを示している。母親の陳述による

被告の行動から被告には贈与者の利益についての必要な顧慮が感じられないかどうかが決定的なのである。控訴審裁判所は、いかなる顧慮を母親は被告に期待することができたのかという問い合わせる形では立っていない。控訴審裁判所は、被告の行為について被告の動機がどのように評価されるのかを、主として、主観的な側面に焦点をあてて審理している。贈与者である母親が感謝について被告に対して何を期待することができるのかというその前に横たわる問題を明らかにしていないのである。確かに、客観的には、贈与者の利益についての必要な顧慮を欠いていることを思わせる諸事情はなく、また、受贈者の行動が、いずれにしても主観的には、贈与者に対する忘恩の態度の表れのように思われることからも、事実審裁判官は贈与者に対する重要な忘恩の行動を否定することができる。しかしながら、事実状況の主観的側面の評価は、通常は、事実審裁判官が、客観的にみて事実関係のどのような要素が贈与の撤回を正当化する贈与者に対する顧慮の欠如、すなわち感謝によって特徴づけられるところの贈与者に対する顧慮の欠如を示すものにあたるのかについて説明をしたあとではじめて行うことができるのである。この観点によると、諸事情の客観的な総合的評価の出発点は、本件では、母親が被告に対して示した信頼(Vertrauen)である。母親が被告に包括的代理権および世話事務の代理権を授与し、被告にそれによって彼女にかかわるすべての事柄においてその名において行動し、そして、母親が自身の生活にかかわる決定について自分ではやできない限りにおいて、必要な場合には、彼女の生活へ深く介入する決定を行いう可能性を与えるという形で母親が被告に対して示したその信頼である。

控訴審裁判所は、この出発点を十分に視野にとらえていない。控訴審裁判所は、被告には、包括的代理権および世話事務の代理権に基づき、かつ、まさに行為能力喪失のときにそれらの代理権と結び付けられるところの母親に対する広範囲に及ぶ権限に基づき、特別な人的責任が帰せられることを考慮していない。その人的な責任は、親子相互の顧慮義務(BGB1816a条)を超えるものであり、被告に対し母親の人格的な自律を尊重することおよび母親の意思を可能な限り顧慮することを要求する。

介護施設への入居契約および電話接続契約および緊急呼び出しシステム契約の解約に関しては、これらの措置がさほどの出費を伴わないで取り消されうる

かどうかよりも、むしろその時点まで一人で暮らしていた母親は、被告が彼女のこれまでの生活に相当に介入するこのような措置をとる前に母親と対話の機会をもつよう努めることを期待してはならなかつたであろうかが重要である。特に、被告がこれらの行為をその代理権に基づいて行った時点においては、母親の健康状態及び精神状態に関する確定的な医学的所見も精神病学の所見も存在していなかつたのであるからなおさらである。MDKの鑑定も、母親による短期的介護の申し込みの書面作成も、被告がこれらの行為をなした後に行われているのである。

母親による代理権の撤回後の被告の行為に関しても、被告が2009年9月のMDKの鑑定に基づき、母親の行為無能力の可能性およびそれによる代理権の撤回の無効を出発点としてしかるべきであったかどうかは別として、被告が包括的代理権および世話事務の代理権に基づき母親に対して負う特別な責任を考慮して、母親と今後の介護および世話についての自身の考えを検討し、かつ、場合によっては合意に基づく解決策を見つけるために母との対話が必要ではなかつたのかという問題がある。

控訴審裁判所は、なぜこのような対話がなされなかつたのか、あるいはなされなかつたことについて正当な理由があったのかについて何も確定していない。そのことで、控訴審裁判所は総合的評価にとって重要な視点を外してしまつてはいる。このような対話がなされたとしても、医学的な素養のない被告に母親の行為能力に関するより深い認識が得られたかどうかは明白ではないが、そのことをもって対話がなされなかつたことを正当化することはできない。

遅くとも母親が2009年9月25日に被告の包括代理権を撤回し、長期の介護契約の解約を申し入れ、自宅での介護の体制が整うまでの短期の介護を申し込んだのちにおいては、被告は、母親が、介護施設へ永続的に入所することは拒絶しているが、一定の範囲で介護や世話を必要としていることを全く自覚していることを知らなければならなかつた。それでもなお、そしてこの時点では母親の判断能力についての専門医による評価がまだなかつたにもかかわらず、被告は代理権の存続を主張し、それに基づき介護施設や母親の代理人に対して明らかに母親の意思に反する指図をなしたのである。母親の行為能力の問題は別にしても、贈与者である母親は、彼女によって広範囲に及ぶ代理権を授与されてい

る被告に対して、被告が彼女の人格的な自律 (personelle Autonomie) を尊重すること、すなわち被告は、まずは彼女に今後の介護 (Pflege) についての希望を聞くという方法でその意思を尊重すること、その意思は事情が許す限りで考慮されること、そしてそれが不可能であるときは、少なくとも彼女とその理由についてじっくり話すことを期待することができてしかるべきである。

これらの諸事情を総合的に評価するとき、母親の精神能力および介護の必要性が不明確であるにもかかわらず、被告が引き続きその存続が確実ではない包括的代理権に基づいて母親の生活に相当程度に介入する措置をとったならば、それは客観的にみて被告の母親の利益の顧慮とは相容れないところである。主観的にみても、この過誤を、被告には贈与者の期待することができる感謝 (Dankbarkeit) が相当な程度において感じられない、そのような受贈者の心情の表れであると評価することは不可能ではない。』

3 任意後見代理権 (Vorsorgevollmacht)³⁾ に関する判決の意義

本判決は、贈与の撤回の要件である重大な過誤をめぐり、本件の基礎にある法律関係から、贈与者が受贈者に対して何を期待することができたのか、それに対して受贈者はどのような行動をとるべきであったのかを導き出している。連邦通常裁判所は、贈与者がもつことができる正当な期待について、本件で授与されている任意後見代理権やそれと結び付けられる法律関係から生じる受贈者の特別の責任に重点を置いている。そのうえで、受贈者がとった一連の行動を改めて評価しなければならないとしている。

また、本判決は、贈与法上の問題のほかに、任意後見代理権の基本的な問題を扱っている。同判決は、特に、任意後見代理人もまた代理権授与者の自己決定を尊重しなければならないことを強調している。

本判決の意義は、任意後見代理権の基礎にある法律関係に目を向けていることにある。⁴⁾ 任意代理権は、通常は、その基礎になっている法律関係と独立のものとして授与される (いわゆる代理権の無因性)。しかし、任意代理人は、授与された権限の行使にあたって何らの制約も受けないわけではない。代理権の基礎には何らかの法律関係がある。その多くは、委任またはその他の信任関係

(Treuhandverhältnis) である。この基礎にある関係から、任意代理人はどのような目的で、どのような方法で、そしてどのような限界においてその代理権限を行使してしかるべきであるのかが、はじめて明らかになるのである。代理権それ自体は単なる道具に過ぎない。この道具は、その意味を代理権授与者と任意代理人との基礎的関係 (Grundverhältnis) からはじめて与えられるのである。とりわけ後見事務の委託の場合においては、基礎にある法律関係に注意する必要がある。

ドイツでは、受任者が負う義務は、BGB662条以下に一般的に述べられているのみである。任意後見代理権の場合においては、受任者がどのような義務を負うかは、その目的から具体化されうことになる。任意後見代理人は、法定後見人の代わりを担うものであるから、本人の福祉と利益を守るという法定後見人と類似の義務を負っているといえる。法定後見人と同様に、任意代理人は、代理権授与者の事務をその福祉を考慮して果たさなければならず、また、任意代理人は、代理権授与者の意向に気を配らなければならない。さらに、任意代理人は、重要な事務にあたっては、本人と面談してその意思を確認することが求められるのである。⁵⁾

わが国においても、将来の判断能力の低下に備えて任意後見契約や任意代理を利用した場合に、任意代理人が本人に対してどのような義務を負うのかを考えるにあたり、この視点は重要であるといえる。⁶⁾

4 むすびにかえて

本判決は、任意後見代理権の基礎にある信任関係の内容について、非常に重要な指摘を含んでいる。ここでの本人と代理人との基礎にある関係は、本人にかかるさまざまな事務を含むものであることから、本人に対する配慮義務によって特徴づけられ、とりわけ、本人の自己決定の尊重とその人格的自律 (persönliche Autonomie) の尊重によって特徴づけられるとしている。⁷⁾これは法定後見においても基礎におかれている考え方と一致する。法定後見 (Betreuung) と任意後見代理権は法技術上の相違はあるものの、この点では一致しているのである。

なお、本件には、本人の判断能力に低下がみられるなかで行われた任意代理権の撤回が有効であったのかという問題がある。また、被告が介護施設の管理者に指図した母親と外部との面会の制限も問題になる。このような面会の決定権限が任意代理人に認められうるのか。これらの点については今後の研究に譲ることとしたい。

注

- 1) BGH, FamRZ 2014, S.937
- 2) BGH, FamRZ 2014, S.938 (Rz.15)
- 3) Vorsorgevollmachtについては、「事前配慮代理権」、「予防的代理権」、「老齢配慮代理権」などの訳語がある。新井誠・赤沼康弘・大貫正男編『成年後見制度 法の理論と実務 第2版』(有斐閣、2014年) 173頁参照。
- 4) Vgl.Dieter Schwab "Vorsorgevollmacht und Selbstbestimmung", FamRZ 2014, S.890
- 5) D.Schwab, a.a.O., S.890
- 6) わが国の任意後見契約における本人の意思の尊重と身上配慮義務については、新井＝赤沼＝大貫・前掲239頁以下参照。
- 7) BGH, FamRZ 2014, S.939 (Rz.24)