

「成年後見制度に関する一考察」

飯田 勝巳

A Treatise on the Adult Guardianship System

Katsumi IIDA

はじめに

- 1 成年後見制度の法制化の背景
 - (1) 高齢社会への対応の要請
 - (2) 禁治産・準禁治産制度に対する批判
 - (3) 新しい理念に基づく諸外国の成年後見制度の動向
- 2 成年後見制度の意義と基本的構造
- 3 成年後見制度の基本理念
- 4 成年後見制度の特色
 - (1) 任意後見制度の整備
 - (2) 法定後見制度における三類型
 - (3) 身上監護の重視

むすび

はじめに

「成年後見制度」は、介護保険制度とともに関係者の大きな期待を背負って2000年4月1日に発足してから満一年を迎えたが、より身近な介護保険制度とは異なって、混迷の中で試行錯誤を重ねているのが実情のようである。

この成年後見制度は、わが民法制定以来100年以上続いた禁治産・準禁治産制度を抜本的に改正して、現代の高齢社会に適合するように諸外国にみる新しい理念と従来の本人保護・取引の安全の理念との調和を図り、利用しやすい柔軟かつ弾力的な制度を目指して障害者福祉の充実の観点から構築されたものである。従来の禁治産・準禁治産制度を改正した「法定後見制度」とともに、自らの意思で判断能力が不十分な状態になった場合に備えて、後見人を選任できる「任意後見制度」を新設した点に大きな特色がある。この任意後見制度は、イギリス・アメリカなどのコモン・ロー諸国では、本人が判断能力を喪失すると、代理権がなくなるために早くから取り入れられた制度であるが、わが国にはあまりなじみのない制度であった。しかし、諸外国と

同様にわが国も少子化・高齢化の波が押し寄せて、近年急激な速度で高齢社会が到来したため、痴呆性老人の増加が著しく、改めて成年後見制度の必要性が、障害者福祉の現場で叫ばれるようになったのである。

新しい成年後見制度が、高齢社会に溶け込んで十分機能していくためには、その可能性と限界を理解することが重要である。したがって、本稿では、その基本となるわが国における成年後見制度が立法化された社会的背景、基本理念、制度の特色等について、若干の比較法的検討を交えつつ概観することとする。

1 成年後見制度の法制化の背景

(1) 高齢社会への対応の要請

一般に、65歳以上の者を高齢者（75歳以上を後期高齢者）と言い、国連の基準では、高齢者の人口比率が、7%以上の場合を「高齢化社会」、14%以上を「高齢社会」と定義付けている。わが国では、1970年（昭和45年）に欧米より遅れて「高齢化社会」の仲間入りをし、1995年（平成7年）には、「高齢社会」と言われる14%を上回る14.5%に達し、2025年（平成17年）には、23.4%と予測され、欧米に比べると、その進展は異常なほど速く¹⁾、人口の4人に1人が高齢者という時代が到来するものもそう遠い先のことではないだろう。このような背景には、戦後のベビーブーム層の高齢化、高齢者の長寿化、出生率の低下、少子化等が要因となっている。

高齢社会の到来は、多くの先進諸国でも避けられることではないが、わが国においては、高齢社会に到達するまでの期間が極めて短く、高齢者の数そのものが多い上に、高齢社会が長期間継続する点が諸外国と異なっている。さらに、急速な社会の高齢化・少子化・核家族化あるいは女性の社会進出が進行するなか、ひとり暮らしの後期高齢者の数の増加が著しい。

従来ならば、家族の中で一定の位置を占め、家族と

ともに生活をしてきた高齢者、そして、地域共同体的なかでメンバーとして地域活動に参加してきた高齢者であったが、高度経済成長期以降に起こった社会構造の変化、産業構造の変容、地域社会の変貌、家族構造の変質等によって、老人夫婦世帯あるいは、ひとり暮らしの老人を急激に増加させてしまったのである。最近では、寝たきり老人や痴呆の高齢者あるいは精神上の障害者に対する財産侵害、不正な取引、経済的な搾取、高齢・障害を理由とする差別、身体的・精神的・性的虐待などの権利侵害が社会的な問題としてマスコミを賑わせている。高齢者の「老い」の程度は一律ではなく、加齢とともに社会的判断力が低下してくるのみならず、ひとり暮らしの寂しさ、将来の経済・医療への不安、そして死への恐怖も影響して1985年に起こった豊田事件²⁾のような詐欺的商法にひっかかったり、市場経済とのかかわりの過程において被害にあうケースが多くなっている。また、訴訟においても、遺言の際の遺言能力の有無が争われたり³⁾、高齢者が当事者になり、その訴訟能力の有無が争点⁴⁾となることもしばしばある。このような紛争は、単に高齢者の意思能力の有無、行為能力の有無・程度、意思表示の有無、契約の成否といった単純な様相ではなく、紛争自体が長期にわたって継続し、複雑な種々の法律問題へと発展していく。

このように、高齢社会においては、身体的・精神的に能力が衰える高齢者が増加し、高齢者を取りまく諸問題が頻発することはやむを得ない事態であり、それに対処するためには、保護を要する人の世話のみに着目して従来のように家族だけでは担いきれず、社会全体で担わざるを得ないのが実情である。

とくに、2000年4月よりスタートした介護保険制度の導入に伴い、要介護状態に至った本人が、介護サービスを利用するためには、要介護認定の申請および介護サービス契約の締結を必要とする。介護を必要とする者の相当部分を占める判断能力が不十分な高齢者には、かような行為を行うことができない場合がほとんどであり、直接的急務として法的支援が必要となったのである。

また、1983年の国際障害者年およびこれに続く「国連・障害者の10年」における国際連合の提言を受けて、わが国においても、近年ノーマライゼーションの理念(判断力の不十分な人もできるだけ通常人と同じ生活を送ることが望ましい)が各種の施策の中で推進されており、平成5年の障害者基本法の改正、平成7年の「障害者プラン(ノーマライゼーション7か年計画)」(内閣総理大臣官房内政審議室・障害者施策推進本部)

の策定など、障害者福祉の充実が政府の重要な施策として位置づけられ、従来の救済サービスから多角的なものとなってきた。

(2) 禁治産・準禁治産制度に対する批判

痴呆性高齢者、知的障害者、精神障害者等の意思能力に障害をもつ成年者を保護する従来の制度は、民法に規定された禁治産と準禁治産の二類型であった。前者の禁治産制度は、心神喪失(意思能力喪失)の常況にある者に対して、家族裁判所が禁治産宣告をして、後見人を置く制度であり、禁治産者は、絶対的行為無能力とされ、婚姻など、身分上の行為を除き、単独で法律行為をすることはできなかった⁵⁾。後見人は、禁治産者のすべての法律行為について代理権と取消権をもつと解されていた。後者の準禁治産制度は、心身脆弱者(意思能力が著しく不十分な者)または浪費者について、家庭裁判所が準禁治産宣告をして保佐人をおく制度で、準禁治産者が借財や保証、あるいは不動産の処分など、一定の重要な法律行為をするのには、保佐人の同意を必要とし、保佐人の同意なしにした行為は本人によって取り消すことができるとされていた。しかし、保佐人には、本人が保佐人の同意なしにした行為であっても、保佐人は準禁治産者の代理人ではないので、その行為を取り消すことはできないとしていた。判例も同様である⁶⁾。

しかし、これらの制度に対する批判は根強く、制度上の問題点が多いためあまり利用されないのが実情であった⁷⁾。

まず第一に、制度の内容が二種類の画一的、硬直的なものであり、現代における高齢社会のニーズに対応できない点が挙げられる。具体的には、痴呆性高齢者の痴呆性は、民法の禁治産の要件である「心神喪失の常況」にあるかどうかの判定が困難であることである。とりわけ、徐々に判断能力を喪失していく高齢者や、いわゆる「まだらボケ」といわれる高齢者については、その判定は極めて困難であり、それぞれの判断能力喪失の段階、事情に応じて弾力的な保護を提供することは不可能である。さらに、二つの類型にあてはまらない軽度の判断能力不十分な者についても一定の保護援助の体制が必要であるが対処できない。

また、禁治産宣告の要件である「心神喪失の常況に在る」場合すなわちかなり重度の判断力低下であっても、日常的な行為は一人でもできることもあるので、禁治産宣告を受けると、すべての法律行為が取り消しの対象となるため、日常生活に必要な範囲の行為も取り消すことができ、本人にとっても相手方にとっても不安定な状況におかれる。

もう少し軽度の判断力低下の場合いわゆる「心神耗弱者」に準禁治産宣告がされると保佐人には代理権がないため、本人の財産を処分することができず、かえって不便であるばかりか、本人が同意を要する法律行為を同意なしにしたときにも、保佐人は取り消すことができないとされるため、本人の財産の保全の観点からも不十分である。

「心神喪失の常況」あるいは「心神耗弱」の判定そのものが難しい点も指摘されていた。同じ対象者をめぐって精神科医の間でも判断が対立することもあった。

第二は、實際上、これらの制度が利用しにくいものとなっていることが強く主張されていた。その理由として、

① 戸籍に記載される公示方法が問題であり、「戸籍を汚す」という国民の抵抗感が強いこと。また、禁治産・準禁治産等の用語が今日では不適切であって差別的なものとなっていること。実例として、ひとり暮らしの高齢者が入院加療中に薬害が原因で「心神喪失常況」に陥り、病院への支払いもできない状況となり、銀行からの勧めもあり、親戚の者が後見人に選任され、財産管理等を行っていた。ところが、2～3年後、病状が回復し、健常者に戻ってしまったので、本人のためになした行為であるが本人からは「戸籍を汚した」、財産目当てで「無能力者にさせられた」と思われ、以来、親戚付き合いができなくなってしまった。

② 宣告によって「欠格事由」という資格制限が生ずること。公職選挙法による選挙権及び被選挙権の剝奪、国家公務員や医師になれないなどの欠格事由が定められ、法律による資格制限があることも問題となる。

③ 後見人が非常に強い権限をもっていたため、後見人になって資産を自由にしたい推定相続人ないし縁故者間の紛争に利用されることが少なくなかった。

④ 手続き的な問題であるが、申立権者が限定されており、福祉関係の行政機関に申立権がないため、身寄りのない痴呆性高齢者、知的障害者、精神障害者等の財産管理に支障が生ずることがあった。

⑤ 実務上、適切な鑑定人を得ることが難しいため、鑑定に相当な日時を要することが少なくなく、宣告手続に時間と費用がかかりすぎる。

⑥ 夫婦の場合には、配偶者が必ず後見人・保佐人になるものとされており、一人に限定されていたため、痴呆性高齢者等の場合には、配偶者も相当高齢であることが多く、必ずしも十分にその役割を果たすことができないことがあった。

このような痴呆性高齢者、知的障害者、精神障害者等の人権尊重、自己決定権の尊重、地域生活における

自立と社会参加の促進の見地から、禁治産・準禁治産制度に代わる制度として、諸外国の成年後見制度が論じられるようになり⁸⁾、今回の改正にこぎつけたのである。

(3) 新しい理念に基づく諸外国の成年後見制度の動向
高齢社会をめぐる諸問題は、わが国のみが直面していることではない。諸外国においても同様であり、各国の法制度の内容、歴史、問題の状況によって様々な立法が行われ、その国々の伝統が大きく反映している。

わが国の2000年4月より導入された新しい成年後見制度は、類型的にみればフランス及びカナダのケベック州の法制度を採用しているが、多面にわたって比較対象とされ、影響力のあったドイツについては、他の諸外国よりも詳しく制度の特徴を概観したい。

① フランス

フランスでは、1968年に民法の全面的改正が行われ、従来の障害者保護制度として、行為能力の剝奪を前提とする「後見 (Tutell)」と行為能力の部分的制限にとどまる「裁判上の保佐 (conseil judiciaire)」の二つの制度が存在していたが、全面的に見直され、「後見 (Tutell)」・「保佐 (Curatelle)」・「裁判所の保護 (Sauvegarde de Justice)」の三類型の制度が導入された。改正後の「後見」・「保佐」についても画一的に行為能力が否定されたり、制限されるわけではなく、後見裁判所の判断により、個々のケースに応じて本人が単独で法律行為ができる余地を設定したり、その範囲を縮小できる道が開かれている。

また、フランス民法を母法とするカナダのケベック州でも、1990年に従来の禁治産・準禁治産の制度を「後見」・「保佐」・「補助 (補助人 [Conseiller])」の三類型の制度に改められた。

② オーストリア

1983年に改正が実施されたオーストリアは、柔軟な制度の実施を目指すという点ではフランスと変わるところがなかったが、具体的に打ち出された方向はまったく異なっていた。改正前のオーストリアでは、全面的に行為能力が剝奪された場合の「後見 (Kuratel)」と制限的のみ行為能力が剝奪された場合の「補佐 (Beistand)」からなる二元的な制度がとられていたが、改正によって精神的判断力の不十分な者について制度的な段階を設けず、個々の事例にふさわしい行為能力の制限の体系を創造することを目的として制度の一元化が進められたのである⁹⁾。ただし、代弁人の権限範囲に着目すると、

a 個別的法律行為の処理のみを行う場合 例えば、特定の不動産の管理・処分に関する代弁人を必要とす

る場合である。管理・処分の対象との関連で権限が限定されている。

b 一定の範囲の事務処理を行う場合 例えば、すべての不動産と有価証券の管理を職務範囲とする場合である。一定の事務領域との関連で権限が限定されている。

c 本人の全事務の処理を行う場合 判断能力が著しく不十分であり、事務処理ができないと思われる場合には、全事務の処理について権限を有する代弁人が選任される。

の三類型である。これによると、裁判所が本人の聴聞および専門家の鑑定を基礎として、必要な範囲を限定して代弁人 (Sachwalter) を選任すべきものとされる。代弁人の職務として、本人との関係で特に強調されるのは、身上監護の重要性である。また、第三者に対する関係では、代弁人に定められた範囲について本人を代理する一方、本人はその範囲について原則として行為能力を制限されることになる。すなわち、本人がその範囲に属する事務について有効な法律行為をするには、補助人の同意または追認が必要とされている。

③ ドイツ

ドイツでは、「行為能力剥奪・制限の宣告 (Entmündigung)」、「後見 (Vormundshaft)」、「障害保護 (Gebrechlichkeitspflegschaft)」という三つの制度から構築されていたドイツ民法上の旧後見制度の欠陥を踏まえて、1970年代から法改革に対する強い要望が生まれていた。同時に、欧米諸国においても社会の高齢化対策の一環として成年後見制度の法改革が行われていたのと相俟って、特にオーストリアの影響を強く受けて1992年1月1日の「世話法 (Betreuungsgesetz)」が誕生したのである¹⁰⁾。旧来の行為能力剥奪・制限の宣告制度は廃止され、成年者を対象とする後見および保護は、障害者を支援するための民法上の制度が世話制度に一元化されることとなった。従来の後見制度とは異なり、世話人 (Betreuer) が選任されても、被世話人の行為能力が自動的に剥奪または制限されるわけではなく、個々の事例において必要な場合のみ、裁判所は世話人に同意権を付与することができる (ドイツ民法1896条2項1文)。身上の世話が重視され、世話人は被世話人の意向を基本的には尊重しなければならない。

この世話法の基盤には、「ノーマライゼーション」の理念と「自己決定権の尊重」の理念が潜在していたのである。そして、「必要性の原則」と「補充性の原則」という二つの基本原理に集約される。すなわち、被世話人の権利への干渉を必要最小限に抑制するという視点にある。よって、本人の活動のすべてを世話の対象

とするのではなく、必要な部分だけを世話人に委ねるのである。この世話の範囲の面での必要最小限度における法的介入の要請が「必要性の原則」である。

必要最小限度での干渉という世話法の理念は、世話が他の私的もしくは公的援助に対する補充的的制度であることに帰結する。つまり、本人が、家族、友人、本人が選任した任意代理人、民間福祉団体による訪問サービス、居住地域の公的社会福祉サービス等によって、既に十分な支援を受けている場合には、世話人は選任されず、世話は発動しないのである (ドイツ民法1896条2項2文)。この「世話の開始の面での必要最小限度における法的介入の要請」が「補充性の原則」である。この「補充性の原則」に従えば、「本人の自己決定権に基づく予防的代理権 (Vorsorgevollmachten) を含む予防的措置 (Vorsorgemaßnahmen)」の原理的優越性を承認するのである。すなわち、任意後見制度を優先し、それができない場合に法定後見制度を活用することになる。

次に、ドイツ世話法最大の眼目の一つは、自然人による個人的世話の原則化と、世話人に対する支援体制の充実である。世話の遂行に際して被世話人の意思を尊重するには、世話人がその意向をしっかりと把握しておく必要があるが、このためには、世話人と被世話人の間に対話を通じた密接なコミュニケーションを確保することが大前提となるからである。そこで、この対応策として、世話人選任にあたっては、「被世話人を個人的に世話するのに適した自然人」を優先的に選任すべきことが、明文化 (ドイツ民法1897条1項) されている。

たとえば、ひとり暮らしの高齢者のような場合において、適任の親族がいない場合は、世話協会に登録されている候補者から世話人が選任される。一人の自然人では困難な場合には、世話人協会が法人として世話人となり、複数の職員がこれにあたる。ただし、自然人では、仮に複数の者が世話人となっても、十分な世話を遂行できないような極めて特殊なケース (疾病のために被世話人が著しい暴力行為を働く恐れのある場合など) に限っては、例外的措置として、法人である世話団体もしくは世話官庁が直接に世話人に就任することが許されている (ドイツ民法1900条1項、4項)。

さらに、質の良い世話を確保するためには、世話を単に世話人個人の責務として押しつけるのではなく、世話人に対する助言や情報の提供、専門研修の機会の付与等の積極的な支援を行うことが必要である。そのために組織として「世話社団」と「世話官庁」の二つが設けられ、後見裁判所もまた、世話人に対する一般

的監督の一環として、助言等の支援を提供すべきものとされている（ドイツ民法1908 i 条、1837条1項ないし3項）。このように、法の整備だけではなく、支援組織を確立したことがドイツの大きな特徴である。

このように、1992年に施行された世話法は、7年後の1999年1月より、改正が加えられて、世話法改正法（Betreuungsrechtsänderungsgesetz（BTÄdG））が施行されるに至ったのである。

まず、今回の改正によって「世話（Betreuung）」から「法律上の世話（Rechtliche Betreuung）」に変更された点にある。これは単に文言の変更としてとらえるのではなく、世話制度における世話人の中心的役割について、被世話人の家事援助や看護・介護などを世話人が自ら行うという事実上の世話ではなく、被世話人にとって必要な法定代理人としての活動にあることを意味しており、制度理念に関わる意義が内在している事を見逃してはならない。しかしながら、法律上の世話と事実上の世話とを厳格に分離することは困難であり、世話人と被世話人との直接の対話など信頼関係構築・維持のための行動が例外的・付随的に世話の職務範囲に入る可能性を立法省も認めているし¹¹⁾、判例¹²⁾も存在する。

次に、職業世話人の例外化と費用および報酬の算定基準の導入である。

世話人の費用・報酬の負担は、ドイツの世話人制度においても自己の財産から支払うのが原則であるが、一定の経済的条件を満たす者すなわち職業世話人の報酬については、国庫から支払われることになっている。この職業世話人の報酬の問題は、1992年に世話法が制定された当初から懸念されていた事項の一つであった。もともと世話制度は、ボランティア世話人を原則としているのであるが、少子化社会においては十分にボランティアの世話人を確保することは困難であり、職業世話人に依存せざるを得ない状況である。したがって、職業世話人等の報酬は、年々増加の一途をたどり、司法財政破綻の危機にまで追い込まれるのみならず、報酬の対象となる世話人の職務範囲や報酬額をめぐる種々の紛争が頻発したのである。そこで、「職業世話人の報酬に関する法律¹³⁾」が1998年に制定され、さらに今回の改正において、名譽職的世話人を原則として、職業世話人は、他に無償で世話を遂行できる適格者がいない場合に限って許されるもの（ドイツ民法1897条6項1文）として、名譽職的世話人による活動の余地がある限り、職業世話人は排斥されるのである。さらに、報酬精算の効率性増進と報酬請求権の濫用防止を目的として、職業世話人の報酬の新算定基準が導入さ

れるとともに、「無資力」の概念も法定化されたのである（ドイツ新民法1836d 条）。したがって、「報酬及び費用の最終負担者は、被世話人本人である」という基本姿勢をここに明言したことになる。

また一方では、予防的代理権を中核とする任意後見制度と法定後見制度たる世話制度との接合が図られた点も注目すべきである。すなわち、「自己決定権の尊重」の理念に合致する任意後見の優先的地位の確立と任意代理人の権利濫用の危険性の防止のために、後見裁判所の許可が必要となること等を規定し、世話人と同様に規制を適用することを明確にして立法的解決を図ったのである。

④ イギリス

イギリスにおける成年後見法の改革議論は、後見人である財産管理人（receiver）の選任手続が煩雑であり、相当な時間と費用を要し、さらにその職務に対する裁判所の介入を受けるため、「自己決定権の尊重」という理念にそぐわないという理由から出発している。しかしイギリス法は、後見法の改正には着手せず、代理法を修正した上で、財産管理人に代わる新たな代理制度を創設したのである。よって1971年に代理権授与法（Powers of Attorney Act）および1985年には持続的代理権授与法¹⁴⁾（Enduring Powers of Attorney Act）が制定された。

代理権授与法は、一般的な内容で代理権授与は捺印証書によって行わなければならないというイギリスの伝統的ルールを確認したものであった。

持続的代理権授与法は、コモン・ローおよび代理権授与法を補完する特別法であるが、コモン・ローの原則を修正し、当該代理権限の保護裁判所に「登録」しなければならない。それによって本人の意思能力喪失後にも持続的効力を有する代理権の設定を可能とした。この法律に基づき、高齢者が意思能力のあるうちに自己の財産管理について、自己の信頼する適切な者に代理権を授与しておくことによって、仮に将来、痴呆状態に陥ったとしても、自分自身の意思と希望に添った形で財産管理の継続が制度的に保障されることになるわけである。

任意代理制度にその基礎を置く本制度にあっては、代理権の内容面も含め、その具体的運用は、当然ながら、広範に当事者の自治に委ねられている。しかし、同時にイギリス法にあっては、代理権の濫用防止の観点から、保護裁判所への登録制度を通じて、持続的代理権に対する裁判所の関与が、制度的に保障される。具体的には、a 代理権限の保護裁判所への登録、b 本人および一定の親族への登録申請の通知、c 裁判所へ

の通知なき代理権限放棄の無効（同法4条6項、7条1項(b)）等がそれである。かくして、当事者の自己決定をベースにしながらも、保護裁判所による監督という公的システムを介在させることにより、代理人の活動をチェックし、本人保護の実効性を協力的に担保しようとしている点に、持続的代理権に対するイギリス型の制度設計の基本的特徴を見出すことができるのである。

しかしながら、持続的代理権授与法は、財産管理を念頭においたものであり、医療・福祉・介護などの身上保護にまで拡張しようという動きがある。

諸外国において行われている成年後見制度の法改革は、「ノーマライゼーション」、「自己決定権の尊重」、「身上保護の重視」といった新しい理念に立脚している点に共通点がある。

これらの基本理念との関わりによって、コモン・ロー諸国では法定後見制度とあわせて、意思能力を有している間に、自分が将来判断力が衰えてきた時に備えて自分の希望を表明し、意思能力がなくなった後も本人の意向を尊重して支援にあたるという任意後見制度が注目されている。

このように、諸外国の動向をも考慮しつつ高齢社会への対応および障害者福祉の充実の観点から、判断能力の不十分な高齢者や障害者にとって、利用しやすい柔軟かつ弾力的な制度を設計するという実務的要請とともに、「ノーマライゼーション」、「自己決定権の尊重」、「残存能力の活用」等の新しい理念と従来の本人の保護の理念との調和を図るという理念的要請に応えるため、新しい成年後見制度を構築することが必要とされたのである。

また、国内における自治体や社会福祉協議会、各関係団体の実践的取り組みが大きな原動力となって、2000年4月の施行にこぎつけたことも見逃すことはできない。

2 成年後見制度の意義と基本的構造

成年後見制度とは、老人性痴呆、知的障害者、精神障害者等の精神上の障害により判断能力が不十分であるため、契約の締結等の法律行為における意思決定が困難な者について、その不十分な判断能力を補い、あるいは法律行為を行って不利益を被る恐れのある成年者を保護して、本人の権利が守られるようにする制度である。

したがって、成年後見制度は意思決定に関する制度であると理解されている。いいかえれば、基本的に本人の意思決定をサポートする制度である¹⁵⁾。その基本

的構造は、積極的な側面と消極的な側面とを有している。

まず、消極的な側面とは、取引について判断能力が十分でない者ないし判断力が欠如している者について、行為能力を制限するという点である。つまり意思決定が困難な者が、悪徳業者にだまされて、本人の不動産を低廉譲渡等により売買契約を結んでしまった場合のように、本人の締結した契約が不利益な取引によって財産が流出する恐れがある時は、本人の行った行為を取り消して無効とし、それによって、本人を保護しようとするのである。これに対して、積極的な側面とは、本人の意思決定を補う制度であるという点である。判断能力の不十分な者ないし欠如している者に代わって、誰かが必要な取引や意思決定をして契約を締結するのである。たとえば、本人の所有している不動産を適正賃料で賃貸する契約を締結して、本人の財産の運用を図り、また、本人が必要とする介護サービスを受けられるようにサービス提供事業者との間で介護契約を締結する等である。単に本人にとって不利益な行為を取り消すという消極的な意味での保護ではなく、本人にとって必要な行為や取引を積極的に行うという点に重点がおかれる。なぜならば、判断能力が不十分な者は、単独では確定的な有効である取引はできず、そのような者が単独で行った取引は、取消権を有する者によって取り消される可能性があり、取引の安全の面からもこのような者との取引はしにくくなるし、また、判断力が完全に欠如している者は、自分で取引をしようとしても到底不可能である。そこで、判断力が不十分な者ないし欠如している本人に代わって、誰かがその行為をしなければならなくなるのである。

ところが、従来のわが国の禁治産・準禁治産の制度では、本人の行為能力を制限することに重点が置かれており、本人を積極的にサポートする部分が欠落していた。しかし、今回の改正で立法的にはかなり改善されたと理解している。

新しい後見制度は、判断能力の不十分な者ないし欠如している者の判断力を積極的・消極的な両側面から補うことによって、最終的には、その判断力の不十分な者等の生命・身体・自由・財産等の権利を保護することを目指すのである。

3 成年後見制度の基本理念

近い将来において、現在以上に高齢社会に拍車がかかることは言うまでもなく、加齢による身体的・精神的能力の減退により判断能力の不十分な高齢者が増加する中、これら障害のある者を、私法秩序の中にどの

ように位置付けるかは重要な問題である。

従来は、禁治産者・準禁治産者という枠組みの中で解決し、これらの者の能力を制限し、その制限部分を他者によって補充して本人を保護するとともに、取引の安全を確保しようとする取引秩序の中に位置付けていた。いいかえれば、私法秩序の中心を取引秩序として位置付け、「取引の安全」を基本として、判断能力の不十分な者を弱者として捉えて、これを他者によって補充するという「本人の保護」の理念であった¹⁶⁾。

これに対して、改正された新しい成年後見制度では、「ノーマライゼーション」、「自己決定権の尊重」に基づく理念に立脚しているのである。

すなわち、「ノーマライゼーション」とは、障害をもつ人を差別することなく、可能な限り今までと同様に、家庭や地域で通常の生活ができるように生活を保障していくことである。従来は、能力を剝奪しての保護であったが、能力を奪わずに支援するという考え方である。この理念の下に変えるべき対象は、支援体制の整備・充実であって主に社会環境であり、「人」ではないのである。

しかしながら、現実の場面では、「どんなにハンディキャップを負っていても『ふつう』に暮らせるように環境の方をかえていくこと」というノーマライゼーションの本質を実現するためには、かなりの労力を要するようになる。医療や福祉の充実によって、判断能力が不十分となったひとり暮らしの高齢者や重度の障害をもつ者も在宅生活が可能になっている。しかし、介護の負担、火事や事故が起こったらどうすればよいのかという不安、そうまでして家にいなければならないのかという周囲の無理解などのために、自己決定の実現が困難になることが少なくない。本人の立場に立って切実な要望が実現できるように努めることこそが、ノーマライゼーションを真に実現する道であるが、大変な労力とかなりの時間を要するのではないだろうか。

次に、「自己決定権の尊重」とは、判断力が不十分であっても、それが全く失われていない限り、残っている判断力、精神力を尊重し、生かそうということである。

わが民法では、基本原理の一つに「私法領域においては各人がその自由意思に基づいて自律的な法律関係を形成する」という私的自治の原則がある。つまり、各人の自由決定に基づく自由な合意である「契約」という手段を介して、自らの私的生活を自律的に構築していくことが、一般的な社会での通常な状態である。そうであれば、「ノーマライゼーション」の理念は、障害をもつ者に対しても、可能な限り自己決定の機会を

保障することを要請することになる。そのためには、本人の行為能力を否定的に捉えるのではなく、各人に現存する残存能力を個別具体的に認識しつつ、これを実際に発揮させる可能性を促進する必要がある。したがって新しい成年後見制度では、判断能力が不十分な者についても、自分のことは自分で決めるという原則をできる限り貫徹し、本人ができることは本人に任せ、自己決定ができるように支援しようというものである。たとえば、後見に付されている者であっても「日用品の購入など日常生活に必要な範囲の行為」については、単独でも取り消されることがないので、確定的に有効な行為をすることができるとされた点や、後見、保佐、補助開始の審判をするのには、本人の陳述を聞かなければならないとする手続要件等からも理解できる。

このことから、高齢者など判断能力の不十分な者でも私法秩序の主体となって自己決定ができるよう支援するための法構築とみることができ。それは、判断能力の不十分な者の主体性を回復することを意味する¹⁷⁾。このように主体性を回復するための「本人の保護」でなければならず、決して従来のような「弱者の保護」からは脱却しなければならないのである。しかしながら「自己決定権の尊重」という理念を推し進めれば、本人の行為能力を制限しないという方向に進んでしまう可能性がある。またその逆に、本人の行為能力を制限して保護機関が代理権によって本人に代わって行為をしたり、同意権・取消権によって本人の行為に介入することは、反対の方向に向いているからである。その両方の異なる理念の関係を十分意識して調和を図ることが重要である。

新しい理念と「相手方の保護」すなわち「取引の安全」の理念とは相反関係にある理念である。この両理念の調和を図るために、ドイツでは、世話人の身分証明書を発行することとしている。そこには、世話人の法律行為に関する権限が明記されており、最小限度、取引の安全が守られている。オーストリアにおいても、代弁人の選任とその氏名を公簿または公の登録簿への記載を定めており、重要な財産について取引をしようとする者は、当然に登記ないし登録簿を閲覧し、または謄本等を参照するから、当該権利者には代弁人が付されていることを知ることができ、代弁人を通じて取引をすることによって取引の安全が守られるのである¹⁸⁾。わが国でも、従来の戸籍に記載する公示方法に代えて、登記制度を採用しているので、「日常生活に関する範囲を超える取引」については、本人の行為能力に疑義がある場合には、「登記事項記載証明」の提出を

求めればよい。もしも、口頭または書面のみでその有無を確認して、本人が法定後見開始等の審判を受けていない旨を述べたとしても（実際には審判を受けていたとしても）、民法20条の「詐術」の規定により取消権の行使を免がれることになる。

このように、「ノーマライゼーション」、「自己決定権の尊重」という新しい理念と従来の「本人保護」、「取引の安全」という理念との調和は図られたとみてよい。したがって、判断力の不十分となった高齢者をはじめとする障害をもつ者の生活・療養看護及び財産管理に関する事務について、本人の判断力の程度、資産状況、心身の状態、生活状況等に応じてきめ細かく保護支援する法的基盤が整備されたと言える。

4 成年後見制度の特色

(1) 任意後見制度の整備

新しい成年後見制度は、法定後見制度と任意後見制度の二つから成っている。

任意後見制度は、本人が心身の健全な状態にあるうちに判断能力不十分な状態になった場合に備えて、自ら代理人を選んでおき、自己の生活、療養看護および財産管理に関する事務の全部あるいは一部を委任しておく制度である。これは、基本的には高齢者の判断能力の低下や身体機能の減退の前に、高齢者本人の自己決定権に基づいて、判断能力の低下や身体機能の減退に伴う援助や世話をする者を選任するものであって、「自己決定権」の理念に最も適合しているといえる。

わが国の任意後見制度の制定にあたって、とりわけ英米法系諸国の持続的代理権制度が参考にされているが、わが国とはかなり異なった事情があった。それは、伝統的にコモン・ロー諸国においては、任意代理人の代理権は本人の意思能力の喪失により当然に消滅するものと解されていたので、「自己決定権の尊重」という理念を貫徹させるためには、コモン・ローのルールを変更して、本人の意思能力喪失後も消滅しない制度を導入する必要があった。それが「持続的代理権制度」であり、よって、本人の判断力が衰えた後のための代理人を選んでおくことを可能にしたのである。

アメリカにおける1979年の統一継続的代理法（Uniform Durable Power of Attorney Act 1979 Act）は、本人の自己決定ないし残存能力には関係なく開始する法定後見の欠陥を回避するために作られた制度であり、むしろ公的機関の関与は最小限に押さえられている¹⁹⁾。また、イギリスの「持続的代理権法」も、任意代理人の活動に関する裁判所の関与が制度的に保障されているが、裁判所は原則として代理人の監督はしていない

のが実際である。よって、本人が持続的代理権を設定している以上、むしろ本人の意思は、国家は干渉や介入を避けようとする考え方が強い。

ドイツ法においては、任意後見を特別法において制定せず、法定後見制度の枠内でいかに許容し、両立をはかるかという点が英米法とは異なる²⁰⁾。それは、ドイツ法上は、本人の判断能力が失われても、任意代理権が消滅することはないので、特別な代理類型を構築する必然性がなかったのである。したがって、「ノーマライゼーション」、「自己決定権の尊重」という制度改革の基本理念との関係で、任意代理と法定後見とをいかに調和するかが命題となったのである。ドイツ後見法においては、極めて広く任意代理の優先性を認め、たとえ口頭で授与された任意代理権であっても法定後見に優先する。しかし、任意代理がすべて絶対的とは言いきれない。法定後見開始の要否を検討する段階で、裁判所が任意代理権の範囲、内容、さらには任意代理人たる人物の適否も含めて優先性を認めるか否かの判断をするのである。このように、一般的には、ドイツ法でも、「任意代理権の設定」にあたって、国家の介入を望まないとする本人の意思と、任意代理が普及することによって、裁判所や国家財政の負担軽減につながるとの認識があるからであろう。

わが国においても、ドイツ法と同様に、本人の判断能力の喪失は、任意代理権の消滅事由とされていないので、特別法を作り、特別な代理類型を構築しなければならない理論的な必然性はなかったのである。しかしながら、従来より、解釈論上通常の委任契約や任意代理権を授与して、将来判断能力が衰えた時に代理権を発生させる旨の契約はできたのであるが、実際には本人が、判断能力不十分となった後にはどこも監督するところがなく、代理人をコントロールすることができないという大きな難点があり、実際には行われていないのが実情であった。そこで、本人が判断能力不十分となった時には、家庭裁判所によって任意後見監督人が選任され、常時、任意後見人を監督するのである。もしも問題が発生した場合には、家庭裁判所が任意後見人を解任するという任意後見監督人制度は、公的機関の監督が強く求められたからであろう。そのためには、その基礎となる委任契約が公正証書によることを求められ、さらに登記が必要とされるのである。そして、任意後見監督人が選任された時から任意後見契約すなわち代理権授与と契約の効力が発生するとしており、自己決定権の尊重と本人保護・取引の安全を図っているのである。

さらに、法定後見制度と任意後見制度との調和を十

分図っている点も、他の諸国には見られない特色である。この調整については、任意後見が法定後見より優先して開始され、任意後見契約による保護が十分でなくなった時、すなわち、本人の利益のために特に必要があると認められた場合に法定後見の審判をすることができ、法定後見開始とともに任意後見契約は当然に終了するのである。

任意後見契約は、委任契約であるから、その解除によっても終了する。任意後見監督人選任前すなわち契約の効力発生前は、本人または任意後見受任者は、いつでも公証人の認証を受けた書面によって、任意後見契約を解除することができるものとされている。これは、遺言を何回でも書き改めることができるのと同様に考えてよい。自分の将来すなわち意思能力が不十分になった際の財産管理のみならず、身上監護にまで及ぶ自分の老後を任意後見人に託すのであるから、本人としては慎重に将来の任意後見人を選任せざるを得ない。そのためには、まず、本人と任意後見人との人間関係において第一に個人的信頼関係が構築されなければならない。たとえ法人が任意後見人に選任された場合でも、その事務を直接扱うのは自然人である。どんなに事務的なエキスパートであったとしても、本人との相性が必ず合うとは限らない。やはり、その点の見極めが大切である。また、本人をとりまく経済・社会・家庭環境も影響するであろう。さらに、本人の判断力の低下や身体機能の減退に伴って、本人の望む任意後見契約の内容が変わってくるのも当然のことである。しかしながら、任意後見契約は、委任事項を変更することができないと考えられているので、任意後見契約締結前に十分本人の要望を実現できるよう検討する必要があるが、どうしても変更しなければならない場合には、新たに別の任意後見契約を締結することになる。任意後見契約締結にあたって、いわゆる利用形態が「即効型」といわれる任意後見契約締結後、それに接近した時点で任意後見監督人を選任して効力を発生しなければならない場合には、とりわけ、本人の意思能力の有無の確認が重要な鍵となる。なぜならば、一見したところ健常者で痴呆とはまったくわからない場合や、「まだらボケ」といわれる状態の者の場合には、昨日は意思能力を十分有していたが、今日になったらまったくわからなくなってしまったというようなことが十分考えられるので、受任者の側においてもその点の配慮が必要である。

一方では、立法者は、この法定化にあたって痴呆性高齢者の支援のみならず、知的障害者・精神障害者等の「親なき後」の保護支援のために任意後見契約を活

用することも考慮していることがうかがえる。すなわち、①知的障害者・精神障害者の子本人が、意思能力がある限り、自ら任意後見契約を締結することができ、また、その子に意思能力がなければ未成年の間に、親が親権に基づいて子に代わって、任意後見契約を締結することも可能である。それによって親の老後・死後に受任者が任意後見監督人の選任の申立をして、任意後見による保護を受けることもできる。②親自身の老後の財産管理等に関して、親が自己を当事者とする任意後見契約を締結するとともに、個々の事案について、遺言執行者と遺産の管理方法を指定する遺言、親の死後の財産管理を受託者に委任する信託、親の死後における子の介護等の事実行為を第三者に委託する準委任契約等を適宜組み合わせることにより、親の老後・死後における子の保護および財産管理等をあらかじめ決めておくことができる²¹⁾からである。

このように、判断力の不十分な者の法律行為についての規定を法定後見制度と任意後見制度とに分類し、それをきちんと全体的に体系化している点は、諸外国にも類をみない制度である。大陸法特にドイツ法の中に英米法の持続的代理権法を組み込みながら、やはり何といっても日本民法典から出発して、きめ細かな配慮をほどこしているところは絶讃に値する。

また、任意後見制度は、「自己決定権の尊重」の理念に最も適合する理念であり、わが民法の基本原則である「私的自治の原則」のみならず「基本的人権の尊重」という憲法的要請からの帰結であると考えられる。

ここで、一つの危惧される点を述べるならば、任意後見契約法所定の手続を踏まない委任契約の効力はどのように解されるべきであるかという問題である。通説的には、これを有効と認めて、任意後見契約法所定の手続を踏んだものと併存して、当事者による選択を認めると解している²²⁾が、本人保護の観点を強調して任意後見契約法所定の手続のみを有効とみなす見解も有力である²³⁾。原則的には無効とみなすが、代理権限濫用の恐れのないケースについては例外として有効と認めるとする説²⁴⁾に賛する。

(2) 法定後見制度における三類型

法定後見制度は、本人が判断能力不十分な状態になってから、法律により保護・支援しようとする制度であり、従来の禁治産・準禁治産制度に該当するものである。従来の禁治産・準禁治産制度は、使用されている法律用語が差別的であり、戸籍への記載によって公示される等の理由から、一般にその利用が忌避されていたばかりでなく、内容も二類型であり、画一的、硬直的であったために、現代社会のニーズに対応できず、

ほとんど活用されていないのが実情であった。そこで、この禁治産・準禁治産制度を抜本的に改正して、従来民法が定めていた禁治産は後見に、準禁治産は保佐にほぼ移行して、新しい類型として補助を創設したのである。しかし、実際には、心神喪失や心神耗弱の程度に至らない痴呆性高齢者を対象とする補助の制度を新設したにすぎない。この意味では、高齢化社会を迎えるにあたって評価できるが、制度の理念としては、現行制度と基本的には異なるものではないといえる²⁵⁾とする批判もある。被後見人とは、精神上的の障害、つまり痴呆、知的障害、精神障害などにより判断能力を欠く状態にある者をいい、被保佐人とは、精神上的の障害により判断能力が著しく不十分な者をいい、被補助人とは、精神上的の障害などにより判断能力が不十分な者である。それを具体的に言えば、一般に、被後見人は、①通常は、日常の買物も自分でできず、誰かに代わって買物等をしてもらう必要がある者、②ごく日常的な事柄（家族の名前、自分の居場所等）が分からなくなっている者、③完全な植物状態（遷延性意識障害の状態）にある者である。次に、被保佐人は、①日常の買物は自分でできるが、重要な財産行為は、自分で適切に行うことができず、常に他人に援助を受ける必要がある者、②いわゆる「まだらボケ」の中で重度の者である。被補助人は、①重要な財産行為について、自分でできるかもしれないが、適切にできるかどうか危惧がある者、②いわゆる「まだらボケ」の中で軽度の者である。この三つの分類の境界は難しく、判断能力を欠く場合は別としても、「著しく不十分」と単に「不十分」との区別をいかに判定するかは、大変難しい問題である。

ドイツ世話法のように、一人ひとりについて、それぞれの判断能力に応じて取消権や代理権を与えるという「一元説」を採用するか、あるいは、フランス法のような「類型説」にするかについて、立法過程においてかなりの時間を費やして論議されたようである。その結果、双方の長所と短所を綿密に比較検討して、従来の制度との連続性をも考慮して三類型としたのである。

しかし、高齢者の判断能力の低下や身体機能の減退の状況は一律ではなく、各人ごとに異なるものである。たとえば、痴呆の原因にもいろいろあるが、その多くは脳血管性痴呆とアルツハイマー型痴呆である。脳血管性痴呆いわゆる「まだらボケ」の場合には、記憶障害の外に、脳の死滅した部位により言葉がうまく話せなくなったり、手足が不自由になるなど局所の障害が目立つが、障害は部分的で、人格そのものは比較的よ

く保たれ、かなり障害が進行するまで病識や判断力は保たれているようである。病状の進行状態は、急激に悪化することもあれば、徐々に進行する場合もあり、身近な者にはひどいほけ症状を出す、他人にはしっかりと対応したりするので、家庭裁判所の調査でもわかりにくいことがある。これに対し、アルツハイマー型痴呆の場合には、局所の障害は目立たず一見軽く見えても、脳全体の障害であるため、早期より人格が障害され、自分が病気であるとの認識も失われ、判断力が障害される。つまり、要素的な知的機能は保持しているにもかかわらず、それらを統合する機能が障害されているのであるから、たとえば、銀行に行き契約書をスラスラ読んでサインすることはできるが、それは発病直前まで社会人として生活していた残存能力によるものであり、実はその取引が適切かどうかの判断はもはやできなくなっているのである。一見健全者にみえ、判断力が低下していることの自覚に乏しいため、最も保護が必要な者が保護の対象からもれてしまう可能性もでてくるわけである。また、申立てから審判がなされるまでに時間を要するため診断時、申立時、家庭裁判所調査官の面接時、各段階で本人の症状が、時には進行したり、時には改善されたりといった状態であるため、判断力の程度を判断するのは、精神科医でも難しいと言われているので、実務面では、かなり家庭裁判所を悩ませるであろう。

「補助」類型は、いわば「ノーマライゼーション」の理念の申し子のような制度として誕生し、判断能力の減退の程度が低い者でも該当し、欠格事由もなく、本人の申立て、または同意を要件とした上で、補助人の権限の内容・範囲を自由に選べるようにするなど、ドイツ世話法にみる各々の事情に応じた保護を創出するように、一元説にそって最も柔軟な活用しやすい制度とされている。

また、補助人の代理権付与の範囲には制限がなく、追加も許される。そして、補助人に付与された特定の法律行為が終了した場合には、付与の審判を取消すことができる(民17条1項)。特定の法律行為のための代理権のためだけに補助開始審判を受けた場合は、補助開始審判も取消される(民17条3項)。なぜならば、無用になった代理権の登記がいつまでも残ることで、被補助者や取引の相手方の利益を害する恐れのないように配慮している。しかし、たとえば遺産分割協議のために補助類型が使われるとするならば、遺産分割協議が終了すれば補助の目的を達し、判断能力の改善があったわけでないのに、もう補助人はいらないので補助開始の審判は取消してもらうことになる。少々疑問が残

るが、今後どのように運用されていくのかが問題である。

「保佐」については、民法12条1項6号に遺産分割を新たに規定した。遺産分割の代理権の範囲に協議分割が含まれるのは当然としても、家庭裁判所は、補助開始および代理権付与の審判においても、遺産分割の協議のみならず、遺産分割調停および審判手続の代理権も付与する旨明確にしておくべきであろう²⁶⁾。

「ノーマライゼーション」、「自己決定権の尊重」との観点から、本人の意思を重視する規定が具体的にあげられている。すなわち、判断能力の不十分さが比較的軽微である補助類型については、開始の審判について本人の申立または同意が必要とされ（民14条1項、2項）、そもそもこの形態の成年後見制度を利用するかどうかにつき本人の意思が重視されている。さらに、後見人、保佐人、補助人の選任においては本人の意見の尊重が規定され（民843条4項、民876条の2第2項、民876条の7第2項）、また、保佐人への代理権付与の審判（民876条の4第1項・第2項）、補助人への代理権付与、及び同意権付与の審判（民16条1項・2項、民876条の9第1項・第2項）については本人の申立または同意が要件とされている。また、保佐、補助（同意権の付与がある場合）において、本人の不利益となる虞のない行為について保佐人、補助人が同意をしない場合には、家庭裁判所で同意に代わる許可を得て当該行為を自ら行うことができるとされる（民12条第3項、民16条3項）。

後見人等の制度の充実から選任について、従来は配偶者が当然にその後見人等になるよう規定されており、自然人だけに認められていた。それを廃止して、家庭裁判所が事案に応じて適任者を後見人等に選任することが可能であり、法人または、複数の後見人等を選任してもよいとされた。

また、新しい法定後見制度では、後見、保佐、補助の審判の申立を市町村長もすることができることとした。ひとり暮らしの高齢者や夫婦のみの高齢者世帯の増加に対応するものとして、福祉関係者からは期待がもたれている。しかし、実際は、ほとんど利用されておらず、市町村の消極的な姿勢がうかがえる。

後見人等の権限濫用を防止するという目的で、後見監督人、保佐監督人、補助監督人、任意後見監督人を設置し、公的監視体制にも配慮している。

いわれなき社会的差別の温床として批判の多かった従来の戸籍記載の公示方法を廃止し、成年後見登記制度を新設したことは、本人のプライバシー保護、取引の安全の面からも画期的な改革といえよう。

(3) 身上監護の重視

わが国の従来の法定後見は、その対象について財産管理に偏重しており、利用者の身上面の保護については等閑視してきた傾向がある。しかし、高齢社会、少子化、核家族の進展に伴って、身上面での世話を家族に頼ることは困難であり、社会全体の中で援助していく必要がある。そこで、財産の保全のみにとどまらず、その人の生活支援、自立支援を重視するという「身上保護の重視」という立場から、後見、保佐、補助、任意後見すべての類型に身上配慮義務を課すという規定をおり込んだのである。すなわち、成年後見人等の行う法律行為には、預貯金の管理・不動産の処分・契約締結・費用の支払い等の財産管理のみにとどまらず、医療、住居の確保、施設の入退所、介護・生活維持、教育・リハビリ等成年被後見人等の身上に関する事務いわゆる身上監護も含まれる。

一般に契約を中心とする法律行為の中には、財産管理を中心とするもののみならず、介護契約、施設入所契約、医療契約等身上監護を主たる目的とするものも多く含まれており、財産管理を主たる目的とする法律行為の場合でも、なんらかの形で本人の身上に関連する事項を含むのが通常である。特に、高齢社会への対応および障害者等に対する身上面の支援に関する社会の需要が一層高まっている最近の状況に照らすと、財産管理面のみならず身上監護の面についても、「本人の心身の状態および生活の状況に配慮すべき義務」に関する一般規定を設け、成年後見人等が、本人の身上面について負うべき善管注意義務の内容を敷衍しかつ明確にしなければならない。さらに、「自己決定権の尊重」の観点から、本人の意思を尊重して、その支援にあたる必要がある。しかしながら、本人の生活支援・自立支援を重視することは、世話や介護労働等の事実行為をしなければならない²⁷⁾ということではない。この点に関しては、介護保険制度に委ねるものと思われるが、ドイツ世話法のような規定をおかないとしても、成年後見制度と介護保険制度との相互的構築をすべきであり、双方がバラバラに機能すべきではないと考える。インフォームドコンセントの問題についても今後十分検討を要する点である。

また、成年被後見人等の財産管理のうち、とりわけ居住用不動産に関するものについては、居住環境が本人の心身や生活に与える影響の大きさを配慮して、本人の意思を尊重する意味から特別の規定がおかれている。すなわち、成年後見人等が代理して、居住用建物、敷地を売却、賃貸、賃貸借の解除、抵当権の設定その他これに準ずる処分をするのには、家庭裁判所の許可

を得なくてはならないとしている（民859条の3、876条の5第2項、876条の10第1項）点は、意義あるものである。

むすび

成年後見制度は、高齢社会への対応および知的障害者・精神障害者の福祉の充実の観点から、「ノーライゼーション」、「自己決定権の尊重」という新しい理念と従来の本人保護・取引の安全という理念とを調和させ、柔軟かつ弾力的な利用しやすい制度を構築したのである。それは、大陸法とりわけドイツ法・フランス法と英米法の利点を組み合わせながら、やはりなんといっても日本民法典から出発をして、きめ細かな配慮をほどこしながら体系化された諸外国にも類をみない進んだ制度である。しかしながら、このすばらしい制度が施行後一年を経て、ほとんど機能していないのはなぜであろうか。この辺りに焦点をあてて私見を述べ、むすびにかえたい。

まず、従前の禁治産・準禁治産制度のイメージが色濃く残り、新しい成年後見制度がスタートしたにもかかわらず、高齢者自身およびその家族のみならず国民全体として成年後見制度の存在を把握していないのが実情のようである。

わが国では、諸外国の成年後見制度導入の場合とは異なり、急速に高齢化が進み、高齢社会への突入にさほど年月を要しなかった上に、核家族化、少子化が追い打ちをかけ、高齢者や障害者の人間としての尊厳・人権を取り扱う成年後見制度よりも、2000年4月の同時期に航海に出た介護保険制度の方が、国民にとってより身近なさせしまった急務として受け止められ、先行してしまったようである。しかしながら、介護保険制度が、そのサービス提供の仕組みを「措置制度」から利用者自身の意思決定に基づく「契約」へと方式を転換してきているため、利用者側に介護契約を締結するに足る十分な判断能力が要請されることとなったのである。そこで、判断能力不十分となった高齢者のために契約締結の支援、適正なサービス提供が行われているか否かの監督をして、利用者の権利擁護を遂行する保護機関が必要であり、この保護機関の選任等に法律面で関わるのが新しい成年後見制度である。したがって、成年後見制度と介護保険制度とは、双方にバランスをとりながら機能していくことが望ましい。

また、加齢とともに起こる判断能力の低下や身体機能の減退は、健常者にとっては、なかなか理解し難いものである。そして、高齢者特有の孤立、不十分な情報、将来の経済・医療などの日常生活への不安、死へ

の恐怖など、「古い」の程度は一律ではない。この問題を解決するためにも社会全体で支える必要があり、「ノーライゼーション」、「自己決定権の尊重」の理念に最も適した制度が任意後見制度であり、積極的な活用を期待したい。

しかしながら、なんといっても、まずその受け皿となる質の良い人材の確保、そして、教育、情報提供の充実、厚生労働省が推奨する地域福祉擁護事業との提携によるドイツ世話法にみるような支援組織の導入、法律関係・福祉関係が一体となったネットワークの構築が重要である。一人の自然人に責任や負担を押しつけるのではなく、高齢社会に適合する成年後見制度を構築するためにはなお一層の努力が必要である。そして、開かれた司法の実現に向けて、国民誰でもが利用できるような家庭裁判所の弾力的対応に期待したい。

参考文献

- 1) 升田純「高齢者を悩ませる法律問題」判例時報社4頁以下参照
米国では、1995年には約12.6%、2000年には約12.4%、2010年には約12.8%、2020年には約16.3%と推計され、英国では、同じ年ごとに、約15.4%、約15.2%、約15.6%、約17.9%、仏国では、約14.9%、約15.7%、約16.8%、約19.6%、独国では、約15.2%、約16.5%、約19.2%、約20.8%と推計され、社会福祉の先進国といわれるスウェーデンでも、約17.3%、約16.7%、約17.9%、約20.7%と推計されている。
- 2) 金の先物取引業者だった水野一男会長が、1981年に「大阪豊田商事」（のち豊田商事）を設立した。金の現物を裏付けとせず、客に預り証だけ渡すペーパー商法を展開し、高齢者・主婦など約29,000人から約2,000億円を集めた。この手口の被害者の多くが、ひとり暮らしの高齢者であった。
- 3) 心神喪失の常況にある遺言者の生存中に推定相続人が提起した遺贈を内容とする遺言の無効確認の訴えの適否（平成11年6月11日最高裁二小判決）判例時報1703号204頁
- 4) 最近のものとして東京地判平成4年2月27日判例時報1442号115頁、仙台地判平成5年12月16日判例タイムズ864号225頁、東京地判平成8年10月24日判例時報1607号78頁等がある。
- 5) 事実上意思能力を欠く者の法律行為は、禁治産宣告の前後を問わず無効である（大判明治38年5月11日民録11巻706頁）
- 6) 大判大正11年6月2日民集1巻267頁
- 7) 野田愛子「成年後見制度の展望」ジュリスト1059

- 号167頁、星野英一「民法典100年と現下の立法問題(中)」法学教室211号41頁、新井誠「成年後見制度の動向と課題」現行戸籍制度50年の歩みと展望－戸籍法50周年記念論文集－日本加除出版、小林昭彦＝大門匡他「新後見制度の解説」金融財政事情研究会9頁以下参照
- 8) 新井誠「イギリスとドイツにおける成年後見法の新たな展開」ジュリスト972号15頁以下、神谷遊「ドイツにおける無能力者制度および成年後見制度の新展開－改正法の概要とその特徴－」ジュリスト967号82頁以下、岡孝「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32頁以下、上山泰「ドイツ世話法改正について上・下」法律時報71巻12号74頁以下・72巻2号54頁以下、田山輝明「成年後見法制の研究下」成文堂、米倉明「日本法人への示唆－結びを兼ねて」ジュリスト972号50頁以下
- 9) Das Bundesgesetz über die Sachwalterschaft für behinderte Personen (BGB 1Nr.136/1983).
- 10) Horst Böhm, Herbert Lerch, Annemarie Röslmeier, Karl Weiß *Betreuungsrecht*, in: Bayerisches Staatsministerium der Justiz (Hrsg.), *HANDBUCH FÜR BETREUER Organisations-und Arbeitshilfe für das Betreuungsrecht und Sozialrecht*, Walhalla, 1999, ペーム、レルヒ、レースルマイヤー、ウァイス 新井誠監訳「ドイツ成年後見ハンドブック」勁草書房、上山泰「ドイツ世話法改正について上・下」前掲書71巻12号74頁以下・72巻2号54頁以下参照
- 11) Vgl. BT-Dr 13/7158; BT-Dr 13/10331; Böhm/Lerch/Röslmeier, S.17f.:Dodegge, S.3076.
- 12) LG Koblenz, BtPrax 1997, 242.
- 13) Gesetz über die Vergütung von Berufsvormündern, BGBl. 1988 Teil 1 Nr.39, S.1589.
- 14) 新井誠「成年後見 法律の解説と活用の方法」有斐閣107頁以下
- 15) 能見善久「成年後見制度の可能性と限界」創立50周年記念論文集 裁判所書記官研修所26頁以下参照
- 16) 伊藤進「新成年後見制度の理論面における研究－現行の無能力者制度との比較を通じて－」銀行法務21 571号30頁以下
- 17) 伊藤進「成年後見法制の基本的課題」法律時報70巻4号72頁以下
- 18) 田山輝明「法定成年後見制度の比較法的検討－新成年後見制度への影響」判例タイムズ1030号113頁・114頁
- 19) 志村武「アメリカにおける任意後見制度－日本法への示唆を求めて」ジュリスト1141号57頁以下
- 20) 神谷遊「任意後見の比較法的検討」判例タイムズ1030号125頁以下
- 21) 小林昭彦＝大門匡他前掲書227頁
- 22) 四宮和夫＝能見善久「民法総則(第5版)」の補遺 弘文堂21頁
- 23) 新井誠「『任意後見制度』導入について」判例タイムズ972号41頁
- 24) 須永醇「成年後見制度の課題」判例タイムズ1030号60頁以下
- 25) 伊藤進「新成年後見制度の理論面における研究－現行の無能力者制度との比較を通じて－」前掲書32頁
- 26) 野田愛子「成年後見制度とその運用上の諸問題」判例タイムズ1030号5頁
- 27) 小林昭彦＝大鷹一郎「わかりやすい新成年後見制度〔新版〕」有斐閣リブレ39 38頁