

論 説

成年後見制度の改正と社会保障法との接点

棚 田 洋 一

目 次

- 前編、 法定成年後見制度の改正と社会保障法との接点
- 一、 はじめに
 - 二、 社会保障法の視点からの要綱案の検討
 - 三、 若干のまとめ (以上本号)
- 後編、 任意成年後見制度の創設と社会保障法との接点 (以下次号)
- 一、 はじめに
 - 二、 任意成年後見制度と要綱案
 - 三、 任意成年後見制度と先進的自治体の取り組み
 - 四、 おわりに (残された課題)

法定成年後見制度の改正と社会保障法との接点

一、 はじめに

法務大臣の諮問機関である法制審議会の民法部会（部会長は星野英一東大名誉教授）は、1997（平成9）年9月30日に、現行民法上の行為無能力者制度である「禁治産・準禁治産制度」を全面的に見直し、痴呆性高齢者⁽¹⁾が高齢化率に比例して急激に増大すると予想される21世紀の長寿社会に対応した「成年後見制度」の改正及び創設の提言を内容とする報告書を発表した。

この法制審議会の報告書によれば、成年後見制度⁽²⁾とは、痴呆性高齢者や知的障害者・精神障害者等判断能力の不十分な成年者を保護する制度としており、現行民法では、禁治産者における後見制度、準禁治産者における保佐制度

がそれにあたる。そしてこの報告書は、まず改正及び創設をめざす成年後見制度の理念について、現行制度の理念である「本人の保護」に加えて、新しく「自己決定（自律）の尊重」という理念をかかげ、この両方の理念を調和させて、利用し易い柔軟かつ弾力的な制度を設定するように努めるべきだとしている。

また禁治産・準禁治産制度の整備のあり方としては、各人の多様な判断能力と保護の必要性に対応した柔軟かつ弾力的な制度を設計するため、軽度の痴呆高齢者・知的障害者・精神障害者等を対象とする第三の類型として新たに「補助類型」を設定し、現行の2類型に対しても内容を弾力化し、禁治産者・準禁治産者という名称を廃止し、新たに名称変更した3類型として制度化すべきだとしている。

次に、家裁の禁治産宣告や準禁治産宣告については、現行法制上官報で公告され、戸籍では身分事項欄に記載されることになっている。この点が国民に心理的抵抗感をもたせ利用をためらわせているという指摘があることから、これに代る別の公示方法の検討も提案している⁽³⁾。

さらに、後見・保佐・補助制度の整備のあり方に関しても、いくつかの新しい提言を行っている。第1に、複数成年後見人の選任を認めることであり、第2に、社会福祉活動を行う法人にも成年後見人として認めることであり、第3に、財産管理と身上監護とは密接に関連していることから、成年後見人には本人の身上に配慮する義務がある旨の規定を設けること等である。

以上のような内容の報告書に基づいて、法制審議会の民法部会は具体的な検討に入るため、成年後見制度に関する小委員会を設置し、1997（平成9）年の10月から審議を開始した。翌年の1998（平成10）年の4月には、上述の報告書の内容にそった「成年後見制度の改正に関する要綱試案及び補足説明」（以下要綱試案と略称する）が公表されている。その後この要綱試案について、裁判所や弁護士会等の法律関係団体や社会福祉協議会等の福祉関係団体の意見照会を経て、1999（平成11）年初頭までに、法務省は要綱案の最終答申の後、同年の通常国会に民法改正等4つの関連法案として提出する予定である。そして首尾よく民法改正法案等が成立すれば、2000（平成12）年4月から、公的介護保

険制度実施と軌を一にするべく新しい成年後見制度をスタートさせたい意向だという。

本稿は当初、成年後見制度に関する民法改正案が最終的に国会に提案された後に執筆にとりかかる予定にしていたのであるが、いろいろな事情からそれまで待てない状況になったので、要綱試案に各界の意見を考慮した最終答申が発表される直前であり、時期的に適切とはいえないけれども、とりあえず現時点での私の基本的姿勢や考え方、さらには立法論等を明らかにするのが目的である。

また要綱試案が「まえがき」で述べているように、「成年後見制度の改正は、高齢社会への対応及び知的障害者・精神障害者等の福祉の充実のための施策の一環として、国民生活との密接な関わりを有する事柄」であり、「総合的な高齢者福祉、障害者福祉の充実は、成年後見制度に関する民事基本法の整備を法的基盤として、各種の福祉立法・行政の施策により具体的に実現されていくものである⁽⁴⁾」ということを強調する。法制審議会民法部会がこのような問題意識をもち、その結果要綱試案が作成されたという点は、高齢社会を迎え、高齢者福祉・障害者福祉に無関心ではできない社会の要請としても一応の評価はできよう。しかし同時に、一定の限界をも感じざるをえないのである。しかも成年後見制度に関する西欧諸国の立法傾向を概観すれば、既に10年ほど前から法律が成立し施行されていて、着々と成果をあげている。このことを思えば、やや遅きに失したという印象も否定しえない。従って時間的に一刻の猶予も許されず、できる限り早急に成年後見制度の改正が要請されているといつてよい。

そこで本稿は、高齢者福祉・障害者福祉の前進、充実の法的基盤となることをめざしている要綱試案が、従来高齢者（特に痴呆性高齢者）や知的障害者・精神障害者の財産的保護制度としての成年後見制度に対して、今後の改正に向けてどのような内容と方向性を提示しているか、またどういった点を評価し批判すべきかを、社会保障法学の観点から、民法と社会保障法との接点の問題として明らかにしようとするものである。

そして最後に、立法論として今後どのような問題が考察されなければならない

いか、特に後見職務の内容として、身上監護の問題を立法的にどう解決していくべきかの方向性について検討することにした。

二、社会保障法の視点からの要綱案の検討

要綱試案の冊子の後半部分（といっても頁数では大部分を占める）に補足説明が載っているが、これは要綱試案の各項目ごとに、成年後見小委員会における審議の検討結果と策定根拠及びその案文の趣旨解釈等についての解説を、事務当局である法務省民事局参事官室の文責において記述したものである。この補足説明は、意見照会の際に裁判所や弁護士会等関係各界で要綱試案の内容を検討する際の参考に資することを目的としたものである。

従って本稿においても、補足説明を参考にしながらそれを手がかりとして、要綱試案の中で、法定成年後見制度に関して社会保障法との接点に位置づけられる項目、あるいは近接していて交錯領域にある項目と考えられる部分を私の勝手な判断で取捨選択し、その部分に限定して検討を加えていくことにしたい⁽⁶⁾。

ところで1999（平成11）年1月26日（本稿の校正直前）、法務省法制審議会の民法部会は、成年後見制度の要綱案（答申案）を正式に決定し、2月16日に法制審総会でも承認した。新聞の報道等最新の情報によると、主たる内容については要綱試案とほとんど変わっていないことがわかったので、本節以後は要綱試案ではなく「要綱案」として検討していくことにする⁽⁵⁾。

1、成年後見制度改正の基本理念 — 自己決定尊重の理念の重視 —

補足説明によれば、要綱案は、「自己決定（自律）の尊重」の理念と「本人の保護」の理念との調和を旨として、各人の多様な判断能力及び保護の必要性の程度に応じた柔軟かつ弾力的な措置を可能とする利用しやすい制度を設計するという基本方針にそって、新しい成年後見制度の在り方を検討しているという。

確かに現行民法の禁治産・準禁治産制度は、判断能力の不十分な成年者の財

産の保護を中心とした「本人の保護」を基本理念としつつ、取引の安全にも配慮した経済的機能重視の制度とすることができる。しかし近年、新しい法理念として、「自己決定（自律）の尊重」「残存能力の活用」「ノーマライゼーション（すなわち障害者も家庭や地域で通常の生活ができるよう平等の機会が与えられる社会をきずくという意）」という理念の重要性が強調されてきているのも事実である。そこでこれらの新しい理念が、広い意味で自己決定の尊重という理念に含めて考えられるという理由で、前述のような基本方針となったのである。その点に加えて、痴呆性高齢者・知的障害者・精神障害者の置かれた社会の状況に十分配慮し、自己決定権を尊重することを基本として、柔軟かつ弾力的に利用と運用のし易い制度を意図している点でも評価できる。

ところで今度の法定成年後見制度の改正案を検討するに際して、新しい理念としての自己決定の尊重の中にノーマライゼーションの理念を含めているということは、民法の領域にある法定成年後見法が、高齢者福祉や障害者福祉の充実のための法的基盤となるのを認めることに他ならない。この点でとかく財産管理や財産保全という目的のため不十分な判断能力しかもたない禁治産者・準禁治産者といった「本人の保護」、さらにつけ加えれば「取引の安全」「相手方の保護」といった理念ばかり強調していた従来の民法の理念から考えると、一歩前進という評価ができよう。それに加えて、痴呆性高齢者・知的障害者・精神障害者の置かれた社会的状況に十分配慮し、自己決定権を尊重した柔軟かつ弾力的な利用や運用のし易い制度を目指している点でも評価できる。

従って、今回の法定成年後見制度に関する民法改正に向けての基本理念については、「本人の保護」との調和の下に、ノーマライゼーションを含む「自己決定の尊重」を認めるということになれば、高齢者や障害者の「福祉や権利擁護の尊重・重視」といった社会保障法的理念にも少しは接近したという見方もできるのではなかろうか。さらにいえば、ノーマライゼーションの理念を含めた自己決定の尊重という理念を新たな法定成年後見制度の理念として認めるのであれば、「本人の人権の尊重」や「個人の尊厳」という理念を加えて検討するという姿勢を示すことができなかつたのであろうか。今回の改正が、あくまでも民法の一部改正の形をとっているという限界があつたとしても、高齢社会

に対応しノーマライゼーションを考慮して、高齢者・障害者の福祉の充実のための法的基盤の整備としての役割をもたせるというのが基本方針であるならば、根本的理念として、まず人権尊重の理念をもってきた方がよかったのではあるまいか。

最後に今度の要綱案は、フランス型の法定成年後見制度を参考にしたとされ、多元的構成である3類型構成を提示しているために、「必要性の原則」すなわち裁判所は後見の内容について、必要な範囲で具体的な後見人の職務範囲を決定・変更できるという原則については、言及せず省略している。しかし後で触れるように、法定成年後見制度をドイツの立法例（成年世話人法）のように一元的に把握し、しかも身上監護を職務内容として重視する立場も存在する。私は要綱案が、この制度について柔軟かつ弾力的利用や運用のしやすい制度になることも意図しているのであるならば、この必要性の原則も取り上げて、重要な基本原則あるいは理念として前向きに検討し、部分後見制度についても柔軟かつ弾力的な利用と運用という形で認めるべきであると考えている。

2. 法定成年後見制度の立法主義—3類型構成の妥当性—

ここでは、法定成年後見制度の立法主義として多元的制度と一元的制度が考えられるが、どちらの立法構成が社会保障法の視点から、成年後見制度の対象者としての本人にとって望ましく有益であるかという問題意識をもって考察する。そういう意味から、要綱案の3類型構成案について検討する価値があると思うのである。

要綱案では、現行民法の禁治産・準禁治産制度の改正のあり方について、民法部会の報告書で提案されていたと同様の多元的制度としての3類型構成の改正案を提示している。この3類型案を批判的に検討する前に、以下簡単にその特色を説明しておこう。

- (1) 補助類型 この制度は現実の高齢社会のニーズに対応すべく、専ら軽度の痴呆・知的障害・精神障害の状態にある者を対象とする新しい保護類型として新設されたものである。この類型は、自己決定の尊重という観点から、本人の申立て又は同意を要件として、代理権による保護と同意権・

取消権による保護の一方又は双方を当事者の申立てにより選択することができる。また保護の対象となる法律行為の範囲も、具体的には単独で行うには不安である特定の重要な財産的取引行為となる場合が多いであろうが、当事者の申立てにより選択することができるものとした。

(2) 保佐類型 この制度は現行の準禁治産制度に相当し、本人保護の実効性の観点から、民法第12条第1項所定の行為に関する保佐人の同意権及び本人の取消権に加えて、新たに保佐人に代理権及び取消権を付与している。その上で自己決定の尊重の観点から、本人の申立て又は同意を要件として、保佐人に代理権を付与するか否かの判断及び代理権の対象となる法律行為の範囲を当事者の申立てによる選択にゆだねている。

(3) 後見類型 この制度は現行の禁治産制度に相当し、本人保護の実効性の観点から、基本的には全面的な代理権及び取消権を後見人に付与した上で、自己決定の尊重の観点から、新たに食料品等の買物といった日常生活に必要な範囲の行為については、専ら本人の判断にゆだねて、取消権の対象から除外できるという内容をつけ加えている。

このような3類型構成を比較した概要については、別表を参照してもらうこととして、補足説明では多元的制度にいくつかの長所と必要性があることを強調している⁽⁷⁾。次にその2、3点を示してみよう。

第1は、現行民法の体制の下では、判断能力の程度に応じた類型化として禁治産・準禁治産制度が法定されており、その事実を出発点として法改正を行う以上、現行法制との連続性を保ちながら、制度の柔軟化・弾力化を図る方向の方が実現可能性からいって有利であることである。

第2は、制度の利用者の立場で考える場合に、いくつかの類型（今回の改正では3類型）があらかじめ法定されていて、それらの類型の中から自分のニーズに適合したものを選択することの方が、予測可能性（目安）の点から利用し易く、自己決定も容易であり、また実務的にも運用し易くなるといえることである。

第3は、現行の準禁治産制度より判断能力の程度が高い者（軽度の痴呆性高齢者等）を対象とする補助類型が新設され、補助人の行う保護措置の内容を全

面的に当事者の申立てによる自己選択にゆだねることにしたこと。そして他の2類型の利用と連動して、かなり幅の広い範囲の判断能力及び必要性の程度に対応した柔軟かつ弾力的な措置が可能になるということである。

しかし法定成年後見制度の改正の方向性に関しては、要綱案の提示した多元的の制度の他に、制度を一元的に考える有力な立法主義が存在することを看過すべきではない。諸外国の立法例の中で代表的なのはドイツの場合であり、法律として「成年者世話法（Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige od. Betreuungsgesetz. 1990.⁽⁸⁾）が民法の一部改正の形で成立し、1992年1月1日から施行され今日まで着々成果をあげている。

一元的制度としての法定成年後見制度の特色は、法定類型の区別を廃止し、個別的・具体的な措置の内容を全面的に裁判所の裁量的判断に委ねることによって、多元的制度と同様の目的を達成しようとするところにある。従ってこの制度によれば、保護措置の選択等については法律による基準を設けず、類型化の法制も定めることはないし、措置内容の振り分けのための基準の設定は、裁判所の全面的な裁量に委ねられ、部分後見を認め易くするというものである。

かつて私は、社会保障法学の立場から、一元的制度論からの成年後見制度について考察したことがあり、立法論として素案めいたものも公表している⁽⁹⁾。それから数年たった現在においても私は、判断能力の不十分な者を段階別に3類型に分類して対応するよりも、本人の判断能力の多様性・複雑性を考慮し、単に画一的に類型化するのではなく、また本人の行為能力の制限を本質とするのではなく、本人の判断能力の可能性を尊重し、各人の個別的な状況に合った柔軟かつ弾力的な措置をめざすには、一元的制度をとる立法主義の方がより合理性と適応性があると考えている⁽¹⁰⁾。従ってこの場合、本人又は申立権者の申立てにより、本人の個別的な財産的管理や保全、身上的介護や支援等の必要性・困難性・緊急性等を考慮して、裁判所が、法定後見人選任の是非・選考・選択等を権限として大幅に許された裁量により、柔軟かつ弾力的に判定することが重要なのである。このために家庭裁判所の後見事務部の仕事量・負担・責任等が増大するであろうが、国家の予算上の支援、裁判官や調査官の増員と研修と

努力等により、また裁判所内部での公平な運用基準の形成と鑑定技術の向上によって、解決に向けての対応ができないことはないと思いたい。

それよりむしろ、要綱案のように3種類の成年後見制度を実施した場合の方がいろいろ問題が生じてくる。まず、本人や申立権者が3種類のどれに該当し利用したらよいかの選択の判断が困難であるし、裁判所の方も振り分けと是非の判定に迷うことも多くなると思われる。また痴呆性高齢者を例にとれば、判断能力の程度は年々変化し、だんだんと重くなったり時には軽くなったりで、現在認められている類型に合わなくなった場合はどうするのだろうか。被補助人から被保佐人へ、さらに被後見人へと類型変更の申立を改めてしなければならないのであれば、家庭裁判所は審判をやり直す等手間がかかるし申立権者の方も閉口する。また法定成年後見人として、補助人・保佐人・後見人の3種類を認めることになるが、本人の名称と共に新たな3種類の名称使用に困惑と混乱が生じる場合もありうるであろう。現実の社会が3類型の新制度を理解し慣れるにはかなり時間がかかると思われる。

しかも現行民法上、準禁治産制度は、禁治産制度に比べ余り利用されておらず、準禁治産者宣告の決定率も低いことが統計上明らかにされている。新制度の保佐人に新たに代理権や取消権を付与したとしても、中間類型のあいまいさが倍増して、ますます利用度が低下することも考えられる。

さらに新設の補助制度についていえば、軽度の痴呆性高齢者・知的障害者・精神障害者に保護の対象を拡大し、特定の重要な法律行為について、本人の申立権と同意権を尊重して補助人をつけることができるというのであるが、はたして家庭裁判所に申立てて選任してもらってまで補助制度に対して、その必要度や実用度を現実の社会が認めるようになるであろうか、若干の疑問を禁じえない。このような場合は、要綱案が別制度として提示している「任意後見人」制度の利用が多くなることも十分考えられるのである。

従って要綱案の提示する3種類の多元的成年後見制度も問題の多いことが明らかなので、やはり私見としては、ドイツの成年者世話法に基づく世話人のように、一元的構成の「成年後見人」という一類型のみにとどめ、裁判所内の運用基準等に基づいて個別的・弾力的に対応していくことの方が、本人にとって

〈補助・保佐・後見の三類型の概要〉

		補助開始の審判	保佐開始の審判	後見開始の審判
要件	〈対象者〉 (判断能力)	精神上の障害(痴呆・知的障害・精神障害等)により事理を弁識する能力が不十分な者	精神上の障害により事理を弁識する能力が著しく不十分な者	精神上の障害により事理を弁識する能力を欠く常況に在る者
開始の 手続	申立権者	本人、配偶者、四親等内の親族、検察官等 任意後見受任者、任意後見人、任意後見監督人 (注) 福祉関係の行政機関については、関係省庁等と協議中		
	本人の同意	必要	不要	不要
機関の 名称	本人	被補助人	被保佐人	成年被後見人
	保護者	補助人	保佐人	成年後見人
	監督人	補助監督人	保佐監督人	成年後見監督人
同意権・ 取消権	付与の対象	申立ての範囲内で家庭裁判所が定める「特定の法律行為」	民法12条1項各号所定の行為	日常生活に関する行為以外の行為
	付与の手続	補助開始の審判 +同意権付与の審判 +本人の同意	保佐開始の審判	後見開始の審判
	取消権者	本人・補助人	本人・保佐人	本人・成年後見人
代理 権	付与の対象	申立ての範囲内で家庭裁判所が定める「特定の法律行為」	同左	財産に関するすべての法律行為
	付与の手続	補助開始の審判 +代理権付与の審判 +本人の同意	保佐開始の審判 +代理権付与の審判 +本人の同意	後見開始の審判
	本人の同意	必要	必要	不要
責務	身上配慮義務	本人の心身の状態及び生活の状況に配慮する義務	同左	同左

資料出所：法務省民事局「民法の一部を改正する法律案等要綱案の概要」の別表1（1999年1月）

も利用し易く、また実務上も運用し易いのではないだろうか。また本人の財産管理と身上監護上の必要性と重要性に対応して、法定成年後見人の職務・権限の範囲と程度に関して、全面的・部分的・制限的に認めるという形の個別的・弾力的な選任方法の方が、画一的に3類型のどれかに振り分ける選任方法よりも、本人の保護と利益により適合していると考えるのである。

しかし1999（平成11）年に入って1月26日に、法制審民法部会が要綱案として法定成年後見制度の3類型化案を決定した以上、あとは国会の場で、3類型制度の問題点も十分審議の上、国民が納得できる形で民法改正案が成立するように願う他はない。

3、成年後見制度の対象者—身体障害者は含むか—

要綱案における成年後見制度は、基本的には判断能力の不十分な痴呆性高齢者・知的障害者・精神障害者等の保護・支援を目的としているといえるが、その他に制度の外延として位置づけられる浪費者・未成年者・身体障害者についても、今度の新しい法定成年後見制度の対象に含めることの適否が問題となる。ここでは、社会保障法と深くかかわってくる「身体障害者」に限定して検討することにする。

要綱案では、身体障害者は現行民法の規定と同様に、成年後見制度の対象者に含めないという立場を明らかにしている⁽¹¹⁾。

すなわち、1979（昭和54）年に改正される前の民法第11条は、準禁治産者の対象者として、「聾者」「啞者」及び「盲者」を規定していたが、次のような理由から、民法改正によりこれらの文言を削除した経緯がある。補足説明によれば、今日の視聴覚・言語機能障害者の状況を考慮すると、一般的には障害のない者と比べて判断能力が劣るとはいえないこと、仮に当該障害のために取引に必要な知識と判断能力を備えることのできない者がいるとすれば、その保護は心神耗弱を理由とする準禁治産宣告により実現可能であること、さらにこれらの者は、同条の規定があるために、金融取引や不動産取引の際に、準禁治産宣告を受けていないにもかかわらず、相手方から保佐人の同意書を要求され取引を断念するか、準禁治産宣告を受けることを余儀なくされる等の不利益を受け

てきたこと等から、前述の文言が削除される必要性があったのだという。

従って要綱案の基本方針としては、今回の改正にあたっては、保佐類型において、1979（昭和54）年の改正で削除された文言を復活させ、成年後見制度の対象者として身体障害者全体に拡張することは、ノーマライゼーションの理念及び取引上の不利益の防止という観点から妥当でなく、身体障害者については、基本的には社会福祉立法・施策の中で取引行為等に関する全般的な支援体制の整備を進めていくことにより、その権利擁護を図っていくのが相当であるとする。しかし要綱試案段階では、重度の身体障害のため、十分な判断能力を有するものの意思疎通が著しく困難であり、適切な表示行為をすることができない者については、一定の範囲において判断能力の不十分な者と同様の保護措置を付与することの必要性もあるとして、検討事項の中に入れて結論をもちこすことにした。

これらの点について私見では、法定成年後見制度を民法上の行為能力の制限の問題として考えるのは重要ではなく、それより本人に対する必要性に対応した代理権や支援制度に重点がおかれるべきだと理解すれば、判断能力が十分に備わっている場合でも、日常生活における行動上の能力や支障の点で、健常者に比べハンディキャップがある身体障害者に対して、成年後見制度の対象者として制度の適用を認めても何ら問題はないむしろ必要であると考ええる。

さらに後で詳しく論じる予定の成年後見の職務内容に関して、財産管理よりも身上監護の方を重視する立場にたてば、判断能力は劣っていないが、身体障害というハンディキャップのため、社会福祉サービスの受給や車椅子利用の補助等日常生活に必要な手続や申込みさらには附添的な活動等本人が単独でできないか困難な場合には、成年後見制度を利用する必要性が大きいといえる。身体障害者に対する支援体制については、社会福祉立法や施策、さらには任意後見人や任意代理人制度等で対応すればよいという反論もあるかもしれないが、身体障害者に対して日常生活上の援助や福祉サービスを利用できる制度と機会が多ければ多いほど自己決定や選択権行使の機会が増大し、福祉の充実につながるのであるから、身体障害者を対象者に含ませないとする理由にはならないと思われる⁽¹²⁾。

またかつての民法改正で、身体障害者を意味する「聾者」「啞者」及び「盲者」を準禁治産宣告の対象者から除外した経緯があるのに、再び復活することになる点に抵抗感を抱く人もいるかもしれないが、要綱案で提示している今度の新しい成年後見制度は、従来の準禁治産制度とは異なり、その名称も廃止されて新しく生れかわる制度であるので、復活といった形で旧制度にもどるといふ危惧は全くないといえるのである。

その上残念なことは、要綱試案では、重度の身体障害者で十分な判断能力がありながら意見陳述の著しく困難な者に対しては、判断能力の不十分な者と同様に保護措置を付与すべきかは検討事項としておきながら、今度の要綱案で否定してしまったことである。このような消極的な姿勢は問題であり、やはり少しでも身体障害者に対象を拡大して保護する方向で対処すべきであったと考える。

最後に、この理由が実は核心的なのかもしれないが、身体障害者まで成年後見制度の対象者に含めれば、家庭裁判所の職務が拡大しすぎて、負担過重になるという批判に対しては、家庭裁判所の拡充や後見事務担当の裁判官の養成と増員で対処していく他ないであろう。現にドイツでは、後見裁判所の裁判官を拡充し、着実に成果をあげているという。大変ではあるが不可能ではないと思うのである。

4、成年後見人の職務内容—身上監護の重要性—

成年後見人の職務（事務）については、大きく分けて財産管理と身上監護の2種類を考えることができ、現行民法でも禁治産者の後見人の事務として、財産管理と療養看護の両方の規定をおいている（民法第858条、859条）。ここでは社会保障法と関係が深いと考えられる身上監護問題に限定して、少し詳しく重点的に検討していきたい。

(1) 身上監護に関する要綱案の内容

要綱案では、身上監護に関して、財産管理（契約の締結、費用の支払等に関する職務）と身上監護（医療、住居の確保、施設の入退所、介護、生活維持、教育・リハビリ等に関する職務）の密接不可分な関連性を考慮して、現行民法

第858条（禁治産者の療養看護）の規定に加えて、成年後見人の権限（代理権・財産管理権等）の行使にあたって、本人の身上に配慮すべき旨の身上監護に関する一般的規定を創設することとし、その規定の中に、本人の意思の尊重という理念を加えて規定することを提示している。

補足説明によれば⁽¹³⁾、身上監護に関する一般的規定を創設することについては、次のような趣旨から設けられたとする。すなわち一般に民法の規律の対象である契約を中心とする法律行為の中には、財産管理を主たる目的とするもののみならず、身上監護を主たる目的とするものが多く含まれている。たとえば医療契約、住居に関する契約、施設入所契約、介護契約、教育・リハビリに関する契約等である。また財産管理を主たる目的とする法律行為の場合でも、何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。本人の財産は、財産管理のみを目的として管理されるのではなく、「本人の福祉に適合する」ように、本人の身上監護をも目的として利用されるべきである。従って成年後見人の職務である法律行為に関する権限の行使のあり方に関して、財産管理の面のみならず身上監護の面についても、職務遂行の指針となる責務の内容として、成年後見人の本人に対する「身上配慮義務」に関する一般的規定を設けることが必要かつ相当であるとする。またこの一般的規定の法的性質に関しては、成年後見事務の遂行における身上監護の面の充実という観点から、成年後見人の権限の行使に当たって、本人への「身上配慮義務」を明文化することにより、成年後見人が本人の身上面について負うべき善管注意義務（民法第869条、第644条）の内容を明確にし、かつ敷衍したものと位置づけている。

さらに、ドイツ等の立法例によれば、本人の希望を尊重すべき旨の明文の規定が置かれているがそれらを参考にして、自己決定の尊重の理念を明確にするために、本人の意思を尊重する旨の規定を設けることが必要かつ相当であるとして、その文言が一般的規定に加わったのである。また本人の意思が、本人の福祉に反することになる場合には、本人の福祉が優先するという趣旨で、「本人の福祉を旨として」という文言も検討されることになった。さらに本人に対する「身上配慮義務」の内容の中には、いわゆるアドヴォカシー（advocacy＝本人の身上面に関する利益の主張を補助し、代弁すること）についても含まれ

るという解釈である。

そして最後に、この一般的規定による成年後見人の身上監護に関する義務の範囲は、成年後見人の法律行為に関する権限の行使に当たっての善管注意義務の具体化という規定の性質上、契約等の法律行為に限定されるものであり⁽¹⁴⁾、現実の介護行為のような事実行為は含まれないと明確に否定している。

以上が、補足説明に従った要綱案における身上監護についての主な内容である。介護行為のような事実行為は身上監護の内容に含まれないという点については後述することにして、要綱案は身上監護に関する一般的規定を創設し、本人の福祉の重視と意思の尊重を強調した「身上配慮義務」を成年後見人の義務として明文化することを認めており、従来財産管理の面の重視、財産に関する「本人の保護」さらには「取引の安全」に傾斜していたことを考えれば、民法改正の基本方針としては、一歩も二歩も前進したという評価も可能であろう。また一般的規定の中に、「本人の意思の尊重」という文言に加えて「本人の福祉を旨として」という文言も実際に明文化されるようになれば、民法の領域に社会保障法的性格のものが接近して、わずかでも入り込み交錯した状態という見方もできたのであるが、要綱案では後者の文言は残念ながら明文化されていない。あとはその趣旨を尊重する他ない。

その他身上監護に関する要綱案の内容として、注目すべき重要な点がある。第1は、身上監護に関する個別的规定として、本人の住居の確保を保障する観点から、成年後見人による本人の居住用不動産の処分等の行為（売却、賃貸借契約の解除、抵当権の設定等）について、家庭裁判所の許可を要する旨の規定を新設することである。この規定は本人の住宅福祉の観点からも重要であり、本人の福祉に配慮している点で評価できる規定である。

第2は、要綱案においても、後見人の療養看護義務に関する民法第858条1項の規定が、後見類型特有の規定として現行どおり維持するものとしていることである。ここでいう「療養看護」の内容については、具体的な看護・介護・附添等のような事実行為も含ませて解すべきか否かについて身上監護の内容と関連して問題となるが、私は後述するように事実行為も含ませて解する立場にたつ。具体的には、成年後見人は被後見人の療養看護に関する事実行為を法定

代理人として履行補助者に任せたり、介護保険による社会福祉サービスに任せればよいというように限定的に理解すべきではないと考えるのである。

(2) 身上監護に関する学説と私見

学説は、身上監護が成年後見の職務（事務）内容に含まれるか否かについて、大きく2説に大別される。1つは職務内容に含まれないと明確に否定する身上監護非包含説、他は、職務内容に含まれるとする身上監護包含説である。そして後者の学説がさらに分れている。1つは、介護行為等の事実行為は含まないが、財産管理を伴う身上監護は含まれその決定権限であるとする決定権限説と、他は、契約等の法律行為だけでなく介護等の事実行為も含む広範な行為として理解する事実行為肯定説である。そしてこの2説の基本的考え方あるいは一部を支持しながら若干ニュアンスの異なる中間説、亜流説⁽¹⁵⁾が比較的多いというのが、現時点での学説の状況⁽¹⁶⁾とあってよいであろう。以下で代表的な学説を簡単に紹介し、その後で私見とその理由を述べることにしたい。

① 身上監護非包含説⁽¹⁷⁾ この説は第1に、財産管理を行うにあたり、本人の福祉に十分配慮しなければならないという指針の意味以外に身上監護に意味が与えられていない。第2に、介護労働を成年後見制度の改正によって後見の内容とし、後見人を介護労働義務者にするのは制度設定としておかしい。何故なら民法上扶養義務者がいるのに引取扶養義務に含まれないとして介護義務は免れるということが生じるのに、後見人に同様の義務を負わせるのは特異なことである。第3に、決定権限説による身上監護の行為類型も、最終的には財産管理に集約される（たとえば付添看護婦の雇用・車椅子移動のための家屋改造等）。この説は、成年後見人の職務内容として、身上監護的な部分は財産管理に集約できるとし身上監護の重要性を認めない説である。

② 決定権限説⁽¹⁸⁾ この説は第1に、身上監護とは、健康、生命の維持、その他一身上の世話に関する決定権限であると定義し、個人的世話は事実行為であって身上監護に含まれないとする。第2に、身上監護権限の内容としては、財産管理を伴う身上監護の決定権限であると理解すれば、いろいろな種類の行為が認められる。たとえば入退院の決定に関する入院契約・入院費・治療費等の支払行為・健康管理計画の作成・指示行為等である。

この決定権限説と同じ説かそれに近い説と思われるのが、財産管理重視か身上監護重視かの違いはあるにしても、前述の要綱案の見解と日弁連意見⁽¹⁹⁾である。現在の支配的学説あるいは多数説といってよいであろう。

③ 事実行為肯定説⁽²⁰⁾ この説は第1に、身上監護にとって最も大切なことは、ノーマライゼーションの思想であり、そのために日常的に生ずる身のまわりや食事の世話・介護・医療手当等の身上監護事項が決定的に重要であり、成年後見法は、財産管理重視ではなく身上監護法そのものである。第2に、身上監護には大きく分けて、財産行為不関与型身上監護事項（介護行為や散歩に附添う行為＝事実行為）と財産行為関与型身上監護事項（施設入所契約や給食サービス購入行為＝法律行為）とがあり、前者の事項については、後見人は本人の意思を尊重し、必要性があれば事実行為を含む処置をとる義務を負うとする。この根拠として、現行民法第858条1項の療養看護義務をあげている。この説は身上監護の重視を根本に置き、ドイツの成年者世話法の立法例を参考にしながら、介護等の事実行為も財産行為不関与型身上監護事項として、民法第858条1項を根拠に義務として認める説である。

④ 私見としての基本的見解 以上のような身上監護をめぐる学説の中で、私としては③説に最も近く、介護・介助・身のまわりの世話等の事実行為も含ませて身上監護を理解する学説を支持することにしたい。すなわち成年後見制度の職務内容として身上監護を最も重要なものとして理解し、財産的行為も身上監護を維持するための従たる行為にすぎず、また事実行為である介護行為・介助行為・付き添い行為等の個人的世話としての行為も身上監護の内容となると解するのである。そして、現行民法上の法的根拠としては、第858条1項の後見人の療養看護努力義務をもってすることは可能だと考える。その他に私の見解を補強する理由は次の通りである。

第1に、成年後見人の職務内容として、身上監護を最も重視し、財産管理は身上監護を安心して行ってもらえるように財産保全のためにあると理解するならば、本人が自らの選択で介護や世話的行為等の事実行為を成年後見人自身にしてもらうことを希望する場合は、本人の自己決定権や希望表明権の尊重という理念を重視して、介護等の事実行為も他の財産行為と共に引受けてもらえる

成年後見人を優先して選任すべきである。身上監護に関する行為の中には、法律効果の伴わない事実行為もかなり存在すると思われる。こういう事実行為のすべてを2000年4月から実施される介護保険体制下の社会福祉制度の充実にまかせておけば足りるとして狭く限定する考え方では、本人の自己決定権や選択権が軽視もしくは無視されるおそれが出てくるのではないだろうか。また現行の禁治産者に対応する判断能力のない本人（被後見人）については、家庭裁判所は本人の福祉を最優先に考え、介護等の事実行為をなす最適任者が成年後見人候補者の中にいれば、その人を優先して選任すべきである。

第2に、身上監護非包含説が批判している点に答えたい。それは現行民法上、扶養義務者でさえ引取扶養義務を負うことはないのに、成年後見人に事実行為である介護労働を負わせるのは特異であるという点であるが、私の立場（少数説）は、民法上の扶養義務として金銭扶養義務の他に引取（面倒見）扶養義務も認められ、この場合扶養当事者に自己選択権が許されると解しているので、何も扶養義務を金銭扶養義務に限定する必要はないし、家族法における自己決定権や自己選択権の尊重の一適用例として理解している。従って時には民法上の扶養義務者（兄弟姉妹等）も選任されるかもしれない成年後見人に対し、事実行為である介護等が職務内容として認められることになっても何ら問題は生じないと考える。

第3に、身上監護の職務範囲として、介護方法の指示・手配・監督といった多くは契約にかかわってくる決定権限としての行為だけでなく、介護・介助・付添といった事実行為をも包含させて解するのが私見であるが、その法的根拠として、前述の民法第858条1項の他に善管注意義務をあげることができる。この義務については、現行民法でも後見人の事務に関して、民法第869条により委任契約に関する第644条（受任者の注意義務）を準用して善管注意義務を認めているので、身上監護上の義務としてこの義務を適用することも可能であると解する。従ってその義務内容として、成年後見人として負うべき専門的・職業的高度の注意義務を負っていると考えるならば、事実行為も含んだ身上監護の仕事を個別的・弾力的に行うのでなければ善管注意義務を十分に果たすことができないといえないだろうか。しかも未成年後見の身上監護や成年後見の

財産管理については、事実行為も含むと一般に解されていることを考えれば、成年後見の身上監護についても事実行為を含ませて解する方が一貫性があると思われる。

第4に、成年後見制度の外国例の代表として、ドイツの成年者世話法の実施状況を取り上げることも有利な理由になるとと思われる。この法律によれば、既存の財産行為や身分行為のいずれでもない「個人的世話」が身上監護の中心に位置づけられていて、現在も成果をあげつつあるといわれている。またこの法律における「個人的世話の原則」の具体的中味としては、世話人が被世話人の介護、介助、面倒見、身の回りの世話、生活のコーディネイトを行うこととされており、被世話人の福祉の維持・向上のための日常生活における身上的世話が中核となって運用されているという。高齢社会を迎え、思いきった抜本的改革を断行したドイツの試みは、日本の成年後見制度における身上監護問題を考える際に学ぶべきことが多いと思われる。

第5に、成年後見人の職務内容としての身上監護に、事実行為である介護・介助・付添等の社会福祉サービスの行為も含むとした場合は、成年後見人のなり手がなく、供給難に拍車をかけることになるという批判がなされている⁽²¹⁾。しかしこの批判に対して私は逆だと思う。福祉の分野で仕事をしようとする専門家（社会福祉士・介護福祉士等）は、その機会を与えるならば成年後見人となることに積極的になる可能性も大きいと思うのである。介護保険制度との調整という問題が残っているが、もし保険適用が認められることになれば、成年後見人に選任されることにより、安定した報酬が約束されしかも社会的地位と評価が高くなれば、弁護士以外にも多くの法律や福祉の専門家が成年後見人を希望する可能性が十分あるのではなかろうか。

以上のような理由から私は、法定成年後見人の場合でも、広範囲の職務・役割が認められてよいと考えている。たとえば私なりに成年後見人を分類すれば、次のようになる⁽²²⁾。すなわち財産管理の職務を主目的とする財産管理型成年後見人、身上監護の方法の指示・手配・監督等の決定権限や介護・介助等の事実行為の両方を含む身上監護型成年後見人という分業や分担を認めた分類があってよいし、また身上監護型成年後見人についても、身上監護に関連する諸契約

や決定権限等に限定した身上監護事項を職務とする法律専門型成年後見人と指示・手配・監督等の決定権限と介護等の事実行為の両方を行う福祉専門型成年後見人に分類することができ、これらの成年後見人を本人のニーズと希望を尊重して、個別的・弾力的に選任されてもよいと考える。

幸いにも今回の要綱案では、後述するように成年後見人の複数化と法人後見人制度の創設を提示していて、成年後見人の職務や役割分担及び分掌化を押し進めることが可能になりそうである。そうなった場合に、弁護士・司法書士・社会福祉士・介護福祉士といった資格をもつ複数の専門家やその集合体としての法人が成年後見人に選任された時、介護等の事実行為は職務の範囲外だから除外とするよりも、本人の意思や必要性を尊重して、身上監護に関連する契約や決定権限を認めると同時に直接介護等の事実行為も職務として認めて、選択の幅を広げた方が、本人の福祉の充実につながり、効率性や便益性からいっても望ましいといえるのではなかろうか。介護等の事実行為まで含めれば成年後見人のなり手がなくなるという危惧より、身上監護に関連して各専門職を生かした得意の分野で多種多様に活躍し協力し合う複数の成年後見人、その集合体としての法人成年後見人が、多く出現する時代の到来を期待したい。

最後に私自身十分承知していることであるが、以上論じた意見はあくまで個人の立法論的見解であるにすぎず、国の身上監護に関連する法改正や政策は、残念ながら違った方向で進行しているという点に留意しておく必要がある。まず法務省の方は、要綱案通り法定成年後見人の職務として身上監護を目的とする法律行為（施設入所契約・介護契約・リハビリに関する契約）を主要な内容として考えており、他方厚生省の方では、介護保険体制の整備と共に、介護・付添といった事実行為を含む直接的な世話を中心とする日常生活支援政策を押し進めようとしており、そのための専門家として「生活支援専門員」の養成を考えている。従来からいわれている縦割り行政の弊害が、この身上監護政策でもあらわれて、成年後見人と生活支援専門員の権限・職務等について連携と分掌化が円滑にいくのか、早くも懸念されるところである。

5. その他の要綱案における重要な改正点

一 申立権者の拡大、複数後見人、法人後見人一

(1) 福祉関係の行政機関への申立権の付与

現行民法上、申立権は第7条と第13条により、本人・配偶者・四親等内の親族・後見人・保佐人又は検察官に付与されているが、要綱試案⁽²³⁾ではその他に検討事項として「福祉関係の行政機関」を新たに加えていた。その趣旨は、近年身寄りのない痴呆性高齢者・知的障害者・精神障害者が高齢社会の進展に伴い増加しており、民生委員等からの情報に基づいて迅速かつ確に成年後見開始請求の申立てが行われ、適切な保護措置の発動が実効的に確保されるためである。具体的には市区町村、都道府県の福祉事務所、都道府県の保健所等が対象として考えられている。ところが要綱案では、関係省庁等と協議中ということで、場合によっては認められなくなる可能性がでてきた。

申立権行使の迅速性・的確性・実効性等の観点からだけでなく、本人の福祉の充実というより重要な観点からいって、福祉関係の行政機関に拡大して申立権を付与すべきである。現行民法上申立権者となっている親族がいない等身寄りのない本人にとって、日常生活上接触していて理解と信頼もある福祉の行政機関が、申立権者として追加されることになれば大変心強いに違いない。国会において民法改正案修正の段階で認められることを期待したい。

(2) 複数成年後見人制度の導入

要綱案⁽²⁴⁾では、まず家庭裁判所が事案に応じて最も適任と認められる者を成年後見人に選任することができるようにするため、配偶者がいる場合は、当然に後見人となると規定している民法第840条を削除することになっている。本人が痴呆性高齢者の場合、配偶者も高齢者となっている場合が多く常に最適任とはいえないからである。また民法は、後見人・保佐人は1人でなければならないと規定している（民法第843条、847条第1項）が、その趣旨は、複数の成年後見人の選任を認めると意見の対立を生じ、事務遂行に支障を来すことになるという理由である。

しかし本人の状況や希望として、成年後見事務の迅速かつ実効ある遂行のために、複数の成年後見人が存在した方が弊害を考慮しても有益な場合が多いと

考えられるようになってきた。例をあげれば、財産管理と身上監護を各分野の専門家（たとえば弁護士・司法書士と社会福祉士・介護福祉士）が分担したり、親族と特定分野の専門家が協同する等チームを組んで成年後見事務を遂行することが効果的な場合や、入所施設や自宅療養における身上監護を担当する成年後見人と遠隔地の不動産（郷里の住宅や山林等）の財産管理を担当する成年後見人というように両方を単独又は複数で選任する必要がある場合である。

そこで要綱案では、利用者の多様なニーズに対応するために、あるいは成年後見人体制についての選択肢を広げるという観点から、複数の成年後見人を選任できるように、1人に制限するという明文の規定（民法第843条）を削除するという改正案になっている。しかし1人制にした趣旨で述べた弊害は、複数成年後見制度でも当然のことながら同様のおそれがあるため、複数の成年後見人の権限関係についての調整規定は必要になってくる。この点について要綱案は、原則的には各成年後見人が単独で、その権限を行使することができるものとした上で、例外的に家庭裁判所の権限で共同行使又は分掌の定めをすることができるものとし、その決定を本人・成年後見人、もしくは成年後見監督人の申立て又は家庭裁判所の職権にゆだねるという案になっている。このように複数成年後見人を認める場合においても、家庭裁判所の果たす権限と任務が重要になってくるが、家庭裁判所側において裁判所内部での後見事務部の増設、裁判官の増員等物的・人的体制の整備と強化が是非必要になってくるであろう。

（3）法人成年後見人制度の明文化

現行民法で、法人が後見人・保佐人になることが認められているか否かについては、明文の規定がなく明らかでない。家庭裁判所の実務でも、法人を後見人・保佐人に選任する取扱いを認めた例は報告されていないという。

しかし近年、痴呆性高齢者の急増、知的障害者・精神障害者の待遇の改善といったニーズの多様化に伴って、社会福祉協議会等の法人が社会福祉事業等の仕事の一部として、彼ら本人の財産管理や身上監護を遂行することが必要かつ適切な場合が多く生ずるようになってきた。特に本人に親族等の身寄りがない場合には、適当な成年後見人の候補者を見出だすことが困難であることも少なくない。このような場合に、受け皿としての役割を含めて法人を成年後見人と

して認める必要性が大きいのではないかと思われる。またドイツ・オーストリア等の諸外国の立法例でも、法人を成年後見人として選任を認めている場合がほとんどである。

そこで要綱案⁽²⁵⁾では、成年後見体制についての選択肢を広げるという観点も加えて、何らかの適切な規定形式によって、法人を成年後見人に選任できる旨を法文上明らかにすることを提示している。また要綱案では、法人を成年後見人として選任する際に、家庭裁判所が審査の対象とすべき考慮事項を例外的に列挙する形で法定することになっているが、法人の資格については、特に法律上の制限を予定していない。従って具体的には、社会福祉協議会その他の社会福祉法人はもとより民法上の公益法人（社団法人・財団法人両方含む）、さらにはNPO法によって法人格を取得した社会福祉関係の市民団体等も成年後見人となることは法律上可能であると思われる。

このような改正の内容と形式で、成年後見人としての法人成年後見制度が新設されることは、高齢社会における痴呆性高齢者等のニーズ、法定成年後見体制の選択肢の拡大、本人の自己決定権・選択権の拡大、家庭裁判所での成年後見人選任における困難性の緩和等の理由から、積極的に肯定し評価すべきであろう。

三、若干のまとめ

以上、1998（平成10）年4月に公刊された法務省民事局参事官室作成（文責）の「成年後見制度の改正に関する要綱試案及び補足説明」（校正段階で同要綱案も参照）を基本的な参考資料にして、最近における法定成年後見制度の改正問題について、法制審議会民法部会が決定（答申）した同要綱案の中から、社会保障法と直接的又は間接的に関連し接近していると考えられる論点を勝手に厳選・限定して、私なりに理解した内容と個人的見解を明らかにしてきた。本号（記念号）の性格と時間的制約もあって、社会保障法との関連性のある問題に限定したために、法定成年後見制度の改正に関する全般的な検討と分析という点からすれば、はなはだ不十分な内容であることは認めざるをえない。これ

は本稿の目的からいってやむをえないことでもある。

この要綱案の性格については、あくまでも民法の能力者制度と後見・保佐制度の改正によって、これからの高齢社会と少子社会に適応した新しい法定・任意の両方を含む成年後見制度を新設あるいは創設しようとするもので、私法分野における民事的成年後見制度を意図していると考えてよい。しかし他方では、既に論じてきたように、従来後見制度は、財産管理中心の制度と理解されてきたのに対して、高齢社会を迎えて、痴呆性高齢者・知的障害者・精神障害者の「福祉の充実」のための施策の一環として、時代に適応した新しい観点に立った成年後見制度の改正を意図していることも否定できないのである。その代表例として、身上監護を成年後見人の職務内容として含むという点を認めたこと、成年後見人の複数化を認めたこと、法人成年後見人制度の明文化を認めたこと等が指摘できる。民法の立場からの高齢社会の対応策としてはかなりの前進で、民法部会小委員会が福祉関係の専門家も参考人として呼び、高齢者等の福祉問題も十分に考慮して真剣に議論したことが推察でき、一定の評価を与えることができよう。

特に成年後見人の職務内容に関連して、身上監護及び本人の意思の尊重に関する一般的規定を新設し、その規定の精神として、「本人の福祉を旨として」という趣旨を取り入れ、また身上監護については、成年後見人が本人の意思を尊重した身上配慮義務を負うとして、本人の福祉を重視し、意思を尊重しながら職務を遂行すべきことを明らかにした点は高く評価できるであろう。私流の独自の表現でいえば、社会保障法的性格が民法の領域に少しずつ浸透してきている条文として位置づけられる代表例という理解も可能である。これが単なる要綱案にとどまることなく、民法改正案としても国会に提出され、是非条文(一般的規定)として成立してほしいものである。

最後に本稿では、要綱案を基本的資料として利用しつつ、民法改正の形式をとった新しい法定成年後見制度の内容に関連して、立法論としてどの程度社会保障法に接近した改正内容が可能であるか等の問題を中心に検討してみた。この結果私が強調したい点も明らかになったと思われるので、とりあえず3、4点を次に示し本稿のしめくくりとしたい。

第1に、成年後見制度改正の理念としては、「本人の保護」と「自己決定の尊重」との調和も重要であるが、それ以上に人権尊重の理念が大前提になければならないという点である。その点を重視しなければ、いつのまにか「本人の（財産）の保護」とか「取引の安全」とかいう財産法的性格の強い民法改正の方向に変質してしまいかねないと思うのである。

第2に、法定成年後見制度の対象範囲に関して、痴呆性高齢者・知的障害者・精神障害者だけでなく、身体障害者をも含ませて、成年後見制度による保護対象の範囲を拡大すべきだという点である。この制度を必要としている高齢者・障害者全体を対象をひろげて、財産管理上・身上監護上の保護を考慮すべきである。

第3に、法定成年後見制度は、あくまでも身上監護を中核的職務として最も重視すべきであるという点である。職務内容として、身上監護に関連する契約や決定権限にかかわる法律行為だけでなく、介護・介助といった事実行為も含ませて考えるべきであり、これが本人の意思の尊重と利益につながるというべきである。

第4に、法定成年後見人の選任・分担・分掌問題については、裁判所や司法行政の都合で決定するものではないという点である。何よりも本人の福祉と意思を尊重しそれを優先して対処すべきである。

注

- (1) 厚生省の推計によると、2006年には65歳以上の高齢者が20%、75歳以上の高齢者は9%以上に達すると予想されている。また65歳以上では25人に1人の割合で痴呆性高齢者が出現し、85歳以上になると4人に1人の割合に急増するといわれている。ちなみに2000年の場合、多目に見積れば約150万人の痴呆性高齢者がでると推定されている（平成8年版厚生白書等参照）。
- (2) たとえば司法統計年報によれば、1995年の禁治産宣告の申し立ては、2008件で、そのうち1315件に宣告が認められている。また準禁治産宣告の申し立ては、691件と禁治産宣告の場合に比べ少なく、認められたのはわずかに248件である。
- (3) 最近の新聞報道では、法制審民法部会小委員会は、官報公告の廃止と共に登録センターを各法務局に設置し、家裁の決定と同時に本人と後見人の氏名・住所・権

- 限等が登記される制度に変えること等成年後見制度の全容を固めたというニュースを伝えている（1998年12月6日付朝日新聞）。
- (4) 法務省民事局参事官室（文責）「成年後見制度の改正に関する要綱試案及び補足説明」まえがき，3頁等。
 - (5) 本稿の初校の段階（1999年2月上旬）で、「民法の一部を改正する法律案等要綱案」（以下要綱案と略称する。1999年1月）を入取することができたので，本稿は必要最小限度の修正を行った。
 - (6) 時間的制約もあってかなり省略せざるをえなかったところもある。そのため社会保障法の観点からの選択が誤っていたり，重要な項目や論点が欠落していることも多いと思われる。この点をあらかじめお断りしておきたい。
 - (7) たとえば前掲要綱試案補足説明6頁以下。
 - (8) ドイツの「成年者世話法」については，東京都社会福祉協議会権利擁護センターすてっぷ編「成年後見制度に関する調査報告書」ドイツ編（田山輝明執筆），新井誠『高齢社会の成年後見法』（有斐閣，1994）17頁，29頁，81頁。
 - (9) 拙稿「高齢者・障害者の権利保護－社会保障法と民法との交錯領域の問題を中心に－」ジュリスト増刊福祉を創る－21世紀の福祉展望－1995年，176頁。
 - (10) 同様の説としては，法定成年後見制度を一元的に捉えて，本人の行為能力を制限しない制度として理解した立法論を提案している日弁連意見がある。日本弁護士連合会編『成年後見法大綱（最終意見）』（1998年4月）26頁。
 - (11) 前掲要綱試案補足説明13頁。前掲要綱案1頁，2頁，4頁。
 - (12) 身体障害者を法定成年後見制度の対象者に含めせることを認める見解として，日弁連の意見書（多数意見）がある。この説によると，後見の対象者は「精神又は身体の障害により，自己の事務の全部又は一部を適切に処理することができない成年者」と規定し，身体障害者もその定義の範囲内であるとしている。日弁連編前掲大綱（最終意見）5頁。
 - (13) 前掲試案補足説明 39頁。前掲要綱案10頁，14頁，17頁。
 - (14) 補足説明では，身上監護に関連する事項について，対象として含まれるものを具体的に例示し，それらの事項に関する契約に限定している。以下参考のために示そう。①医療に関する事項，②住居の確保に関する事項，③施設の入退所，処遇の監視，異議申立て等に関する事項，④介護・生活維持に関する事項，⑤教育・リハビリに関する事項
 - (15) たとえば須永醇「高齢化社会を迎えて－精神保健政策をどう進めるか－」精神保健政策研究3号（1994年）21頁，同「成年無能力制度の再検討」法と精神医療5号（1991年）38頁，小賀野晶一「成年身上監護制度論(1)～(4)」シュリスト1090号～1094号（1996年）等。
 - (16) 身上監護は後見の職務内容に含まれるか否かの諸学説の状況については，日弁連司法制度調査会編，成年後見法大綱（中間意見）（1996年12月）15頁～16頁が要

領よく整理されている。

- (17) 道垣内弘人「成年後見制度私案(2)」 ジュリスト1075号(1995年)93頁。
- (18) 米倉明「高齢社会における財産管理制度—成年後見制度の制度をめざして—」
〈講演〉(トラスト60, 1995年)27頁。基本的な考え方については、同「成年後見
制度模索の第一歩」ジュリスト972号(1991年)12頁, 50頁。
- (19) 日弁連意見は参考に価するのでその要点を次に掲げる。

身上監護については、「身上ケアに配慮し、その方法を決定すること、ならびにその実行を監督することをいう」(介護労働それ自体は含まない)ものとし、その理由としては、④身上監護は、高齢化進度、少子社会傾向による高齢者介護の重要性を無視できないことから重要度と必要度が大きいこと、⑤国際的動向にあったものであること、⑥財産管理は従たる地位に止まるものであり、それ自体が目的でないこと、⑦身上監護は後見事務に含めるが、介護の事実行為は含めるべきではなく、社会福祉制度などの他の制度により充実が図られるべきである。⑧身上監護は、本人の福祉にとって最善利益は何かの観点から、その選択も含めた決定などの総合的コーディネイト、その後の監督チェックとすべきである。

身上監護事項としての具体的事項は次のようなものが考えられる。⑨住居の決定、⑩介護方法の決定・手配・監督、⑪健康や衛生に関する決定・手配・監督、⑫旅行やレクリエーションについての配慮や手配、⑬社会福祉給付(福祉サービス)の受給、⑭施設の処遇や福祉の措置に対する監督、是正要求。

日弁連編前掲大綱(最終意見)14~15頁。

- (20) 新井説といわれている。新井誠前掲書146頁以下。なお、事実行為肯定説という名称は便宜上私がつけたものである。
- (21) 日弁連編前掲大綱(最終意見)15頁。
- (22) 私見として、成年後見人の分類や基本的考え方を立法論として簡単に言及している論文として、拙稿の前掲論文(ジュリスト増刊福祉を創る)176頁。
- (23) 前掲要綱試案ii頁, 補足説明17頁。
- (24) 前掲要綱試案vii頁, 補足説明32頁。前掲要綱案8頁, 11頁。
- (25) 前掲要綱試案viii頁, 補足説明35頁。前掲要綱案(9頁)では、成年後見人の選任のところで(成年後見人となる者が法人であるときは、その事業の種類及び内容並びにその法人及びその代表者と成年被後見人との利害関係の有無)という規定形式により、考慮事項の中に法人も含むということを認めている。