

社会福祉リカレント講座

「自立支援における権利擁護と成年後見制度」

講 演 録

講師：明治大学 法学部

教授 星野 茂

日 時 平成 22 年 1 月 15 日（火）

場 所 東京区政会館 3 階 35 教室

[1] はじめに

民法上の制度を中心に、特に2000年4月からスタートした新しい成年後見制度とそれ以前の制度との違いに触れながら成年後見制度のあらましをお話します。

[1] なぜ成年後見制度が必要か

(1) 権利能力の意義

皆さんがペットをかわいがっていても、ペットに財産を残すことはできない。なぜなら、権利を得たり、義務を負ったりすること、つまり権利義務の帰属主体は人でなければならないからである。

権利義務の帰属主体になり得る資格のことを「権利能力」と呼んでいる。権利能力は、人であればだれでもが持つことができる。

(2) 意思能力と行為能力

ところが、取引社会の中で生活をするためには、権利能力や財産を持っているだけではいけない。例えば、赤ちゃんは相続をすることができるから遺産を持っているといっても、1人では生活できない。この世の中できちんと生活をしていくためには、ほかの人と接触をして、自分に必要なものを手に入れなければいけない。そこに取引が発生する。取引とは、自分の意思を実現することであり、それには、自分がどういうことをするとどういう結果が発生するかを十分理解した上で、取引社会に入っていくことが必要になる。このように、どういうことをすればどういう結果が発生するかを理解できる能力のことを法律用語で意思能力と呼んでいるが、一般的には判断能力とか事理弁識能力と言う。意思能力のない人の行った行為については、法律上効果を発生させない。つまり、無効ということになる。

しかし、意思能力があるかないかをそれぞれ確かめると煩雑であり取引社会が混乱するため、民法では行為能力制度を規定し、判断能力に疑いのある人を定型化した。つまり、単独で法律行為を有効に行うことができる地位ないし資格を行為能力と定め、その概念に当たる人は法律行為ができることとした。また、単独では有効に法律行為をすることができない人として、未成年者、成年被後見人、被保佐人、同意権付与の審判のある被補助人の4パターンに定型化した。

未成年者は親権者か、親権者がいない場合には未成年後見人の援助を受けることになる。問題は、成年に達しているがほかの人の援助がないと法律行為をすることができない、つまり、契約を結ぶことができない人たちで、これが成年被後見人、被保佐人、同意権付与の審判のある被補助人ということになる。こういった人たちは意思能力に問題があり、自分が何をしたいのかがよくわからな

いため、自身の財産の保護も図れなくなる可能性がある。成年後見制度が存在する理由の一つには、悪徳商法にひっかかって財産をみんな取られてしまうようなことを防止したいということもある。

成年後見制度は明治期からあったが、1999年12月に国会で民法の一部を改正する法律案が可決され、2000年4月から施行された。通常、法律が改正されると少なくとも半年は経過期間を置き、周知徹底するが、これは4カ月しかなかった。民法という一番大きい法律を変えるのになぜ周知徹底期間が4カ月しかなかったか。それは2000年4月1日から同時にスタートする介護保険制度に合わせて、どうしても成年後見制度を変更する必要があったからである。

つまり、介護保険制度では、それまでの福祉サービスの内容を措置から契約に変えた。それまでは行政上のサービスとして行われていたものが、サービスを提供する業者とサービスを受ける本人が契約を結んで、それぞれに合ったものを提供してもらい、それにかかった費用については障害の程度に応じて行政が負担するというものとなった。契約は法律行為であり、意思能力があることが前提でなければならない。そうすると、認知症の高齢者についてはほかに契約を結んでくれる人が必要だということになるので、大急ぎで成年後見制度を使いやすいものに変える必要があった。

従来の成年後見制度がなぜ使えなかったかということ、まず、禁治産・後見と準禁治産・保佐という2類型しかない制度であったことと、禁治産という言葉自体にも問題があった。もともと禁治産という言葉は、フランスの刑法の中に、懲役刑のような主たる刑に付随してつけられる付加刑としてであった。つまり、自分の財産を自由にさせないという刑罰の一種だったわけである。ところが、認知症の人や高次脳機能障害の人は、別に自分でなりたくてなったわけではない。そういう人たちに刑罰の名前をつけるとは何事だ、差別ではないかということで、まずその名前をやめようということがあった。

さらに、禁治産宣告や準禁治産宣告がなされるとそれが戸籍に載ってしまうため、戸籍を見ると一目瞭然でわかる。そうすると、就職できない、結婚もできない、社会から差別されるということが、本人だけではなく家族までその被害が及ぶことになる。そのため、そもそも家庭裁判所の審判を申し立てなくなるのでこの制度はあまり利用されなかった。まさにこれから介護保険制度を運用しようという時に、そういう後見制度では困るではないかということで、改正が急がれたわけである。

[3] 成年後見制度

(1) 成年後見人等の役割と職務

新しい成年後見制度には、3つの理念がある。1つは自己決定の尊重。基本的に自分のことはな

るべくその人の意思に任せて、その決定したとおりに実現させてあげようということ。2番目は残存能力の活用で、もしその人にまだ判断能力が少しでも残っていたら、その能力をできるだけ活用して、できることは本人にさせようということ。そして3番目はノーマライゼーション。これは、意思能力に問題があるからといって施設等へ入れて社会から隔離しておこうということではなく、なるべくそれまで生活してきた環境の中で、今までどおりの生活をさせてあげるという考え方である。

(2) 法定後見人

①成年後見の開始

成年後見は、家庭裁判所が後見開始の審判をしたときに開始される。では、どういう場合に家庭裁判所が後見開始の審判を行うかという点、民法の第7条に「精神上の障害により事理を弁識する能力を欠く常況にある者については、家庭裁判所は、本人、配偶者、四親等内の親族、未成年後見人、未成年後見監督人、保佐人、保佐監督人、補助人、補助監督人又は検察官の請求により、後見開始の審判をすることができる」と規定されている。つまり、精神上の障害が原因で判断能力に問題があるという場合に、後見制度を使うことができる。

後ほど述べる保佐や補助もすべて「精神上の障害により」というのがまくら言葉になっている。ここで気がついていただきたいのは、身体障害が入っていないということである。ほかの人の援助を必要とするのは、別に精神上の障害に限らず身体障害だっていいのに精神障害に限っている。今回の改正の際には、身体障害も入れようではないか、発達障害でもアルコール依存症でも麻薬でもいいじゃないかという議論をしたが、これまでと大きく変わるのはどうかということで、混乱のない程度の改正になった。

なぜそういう議論をしたかという点、1900年代後半に世界各国で成年後見制度の大改正があり、特にドイツでは、Betreuungsgesetz（世話法）という法律が制定され、身体障害も精神上の障害も発達障害も、アルコール依存症であろうと麻薬による障害者であろうと、とにかくほかの人の援助を必要とする人については世話人をつけようということになった。日本もそういう制度を導入すべきであるという議論もあったが、法務省等はこれに難色を示して結局導入されなかった。身体障害については、以前の後見制度の中で準禁治産のカテゴリーに含まれていた聾者、啞者、盲者を削除した経緯があり、今回の民法改正で身体障害を入れることになると、前の議論を再燃させることになるという理由もあった。

結局、身体障害の人は、判断能力はしっかりしているはずなので、自分で契約を結んでください

ということにした。ただ、寝たきりの人などは問題になる。

欧米では、後見制度についてパブリックガーディアンシップ制度（公後見制度）をかなり導入してきている。日本でも将来的には導入せざるを得なくなると思うが、今回の法改正の議論の中では、財源の問題が大きく実現しないままとなった。欧米での公後見は、資産を十分に有する人たちはあまり利用せず、中産階級以下の人たちが主に利用する。つまり、あまり資産をもっていない人が利用できる後見制度ということで、日本で言えば市区町村、恐らく社協のようなところになるろうかと思うが、そういった公的な機関が後見人となる制度である。しかし、これはものすごくマンパワーも時間も費用も必要となる。そのため、法務省も厚生労働省もそんな財源はないということで見送りになった。とはいえ、近い将来、身内の人が少なくなり、高齢者だけの世帯がどうしても増えてくる。そういう人たちを支援できるのは公後見ぐらいしか方法がない。市民後見人をつくるという方法もあるが、市民後見人がもし背任行為をしたらだれが責任をとるのか。被害者の救済をどうするのか問題も多い。今、後見人についての弁護士や司法書士が被援助者の財産を横領して解任されるケースが多く、学会でも問題になっている。それを一般の市民にさせるのは非常にリスクが伴う。公後見制度はどうしても必要になってくるものと思う。

もう一つ、準禁治産宣告の対象の中に浪費者が入っていたが、これは今回の改正で削除された。なぜ浪費者が入っていたかということ、家族の保護のためだった。お父さんが給料をもらって、そのまま競馬場へ行ってもらってきた給料を全部使い果たしてしまうと、奥さんや子供は路頭に迷うことになる。お父さんの給料は奥さんや子供のためにも使わなければいけないものだ。ギャンブルにばかりは使わせないということで準禁治産宣告をした。しかし、よく考えてみると、自分で稼いできた財産を何に使おうと勝手だとも言えなくはない。奥さんだって、そういう配偶者とは早く別れて自分で稼いで生活をするなり、それが不可能であれば生活保護を受けたらどうかということもある。とりあえず自分の稼いできた財産を自分で使う、いわゆる自己決定の尊重ということでこれは削除されて、現在では、精神上の障害によって判断能力に問題のある人だけが成年後見制度の対象になることにしたのである。

成年後見人を付された人のことを成年被後見人と呼ぶ。この成年被後見人が法律行為、例えば契約をしているいろいろなものを買った場合、その契約は取り消しの対象になる。被後見人が取り消すこともできるし、後見人が取り消すこともできる。ただし、法律行為の中でも日用品の購入など、日常生活を送るのに必要な範囲で行われた行為については取り消しの対象から外れる。なぜかということ、例えばパンを100円で売った後に、後見人が来て取り消したとすると、その行為は初めからなかったことになるので代金は返さなければいけない。パンを返してもらえばよいが、食べてしまっ

ていたらパンは返ってこない。そうすると、お店の人は次にその人がパンを買いに来たら絶対に売らなくなる。結果的に、その人はパンも買えない、お米も買えない、おしょうゆも買えない状態になって、餓死するしかない。それはまずいというので日常生活に必要なものについては取り消しの対象から外しているわけである。

家族法上の法律行為、例えば婚姻、離婚、養子縁組、離縁などの身分行為は、後見人が代理人として行うのではなく、本人自身に行わせることになっている。ただし、意思能力があることが必要なため、本人の意思能力が正常な状態に戻っていることを医者が認めた場合に限りこれらの行為をすることができる。いずれにしても、たとえ成年被後見人になったとしても、結婚できないということはないし、後見人が本人にかわって婚姻をすることは絶対にあり得ないということである。

②成年後見人の選任

後見人は、以前は1人となっていたが、法改正によって複数の後見人を選任することができるようになり、また、法人でもよいことになった（民法843条3項、4項）。なぜかという、成年後見人の一番大きな役割は財産管理と身上監護だが、大きい財産の管理は素人ではなかなか難しい。その場合、財産管理を専門にやっている人を後見人につけて、やってもらえばいいのではないか。つまり、1人で全部背負い込んで後見事務を処理するのではなく、適材適所でいろいろな人に役割を分担してもらおうという考え方からこのように変わった。法人は信託銀行を念頭に置いて、信託銀行等に財産管理を頼んだらどうかと考えていたが、現在のところ信託銀行が後見人になる例はあまり多くなくて、弁護士や司法書士が後見人となるケースが増えてきている。

法が改正される前は、配偶者が当然後見人に就任するという法定後見人の制度があったが、これは廃止された。なぜかという、成年後見制度を変えた一番の理由は認知症高齢者のことを考えてのことである。高齢者が後見開始の審判を受ける場合、その配偶者も当然高齢者が多く、下手をするとお互いに認知症になっている可能性もある。そこで、配偶者だから当然後見人になれるという制度はやめることにした。もちろん配偶者が元気で、後見人となる意欲も能力もある方であれば、後見人になることはできるが、法律上当然に後見人にするのはやめるということにした。

後見人を選任する場合には、成年被後見人の心身の状態並びに生活及び財産の状況、成年後見人となる者の職業、経歴及び成年被後見人との利害関係の有無、成年後見人が法人の場合は、その事業の種類、内容、法人の代表者と成年被後見人との関係などをよく考慮して、成年被後見人の意見その他、一切の事情を考慮した上で選任しなければいけないということになっている（民法843条4項）。

③成年後見人の欠格事由および辞任・解任

これは民法上規定があり、未成年者、家庭裁判所で命じられた法定代理人、保佐人、補助人は後見人にはなれない。自分の財産も管理できない人が他人の財産を管理することができるはずがないということで、破産者も後見人にはなれないことになっている。さらに、成年被後見人に対して訴訟をしたり、これから訴訟をしようとしている人、そういった人たちの配偶者、直系血族も後見人になることはできない。なぜなら、後見人になる人が被後見人に対して恨みを抱いているというようなことになると、何をされるかわからないということがある。さらに、行方不明者も当然後見人になれない（民法847条）。

いったん後見人について後は、勝手にやめられると被後見人がとても困ってしまうので、簡単にはやめることはできない。仕事でアメリカに転勤になったとか、伝染病にかかって隔離されてしまったというような正当な事由がある場合には、家庭裁判所の許可を得て辞任することができる（民法844条）。ただし、それが正当事由に当たるかどうかについては家庭裁判所の判断に任されている。

また、成年後見人の不正行為、著しい不行跡、その他後見の任務に適しない事由がある場合には、利害関係人が家庭裁判所に申し立てをして、または職権で後見人を解任することができることになっている（民法846条）。

最近では、後見人について司法書士とか弁護士が成年被後見人の財産を横領ないし私的に消費したという例があった。直ちに解任して新しい成年後見人をつけたが、損害賠償請求をしても本人たちがもう使ってしまったお金がないという場合はどうしようもない。弁護士や司法書士は社会的地位があり、どうしても信頼しやすいので、不正行為には気をつけなければいけない。

④成年後見人の職務

成年後見人の職務は、大きく分けて身上監護に関する事務と財産管理に関する事務の2つがある。これらの事務を後見人は善良なる管理者の注意義務（善管注意義務）をもって行わなければならない（民法864条による民法644条の準用）。善管注意義務とは、成年後見人の職業、地位、知識などを総合して、一般的に要求される平均的な人の注意義務のことを指す。この場合は他人の財産を管理する注意義務だから、かなり高度な注意義務が要求されることになる。

これに対して、自己のためにすると同一の注意義務というのが民法上規定されている。自分の財産はそんなに高度な注意義務は必要ないだろうということで、善管注意義務より程度が軽い。他人

の財産を管理する場合でも、自己のためにすると同一の注意でよろしいという例外的なものがあるが、それは、親権者が自分の子供の財産を管理する場合の注意義務（民法827条）、つまり親子の関係だから認められるものであり、これに対し、成年後見人は、そもそもその職業が他人の財産を管理するということが大前提になっているので、善管注意義務がどうしても必要になる。

成年後見人が成年後見人としての職についての場合、原則として1カ月以内に遅滞なく成年被後見人の財産の調査をし、その結果をすべて財産目録に記載しなければならない（民法853条1項本文）。しかも、後見監督人がついていない場合には、後見監督人の立ち会いのもとでこれらの作業をしなければ効力を生じないことになっている（民法853条2項）。もちろん、後見監督人が選任されていない場合は、この立ち会いは要しない。

なぜ財産調査をして財産目録をつくるのかというと、後見人がその職務をやめる時、つまり後見が終了する場合にもう一回財産の報告をして、財産の出入りを明らかにすることになる。つまり、職権を濫用して財産を横領するのを防ぐという目的があるわけである。したがって、財産の調査と目録の作成が終わらない限りは、後見人は一般的な職務の遂行をすることができない。ただし、急迫の必要がある行為に限っては、財産目録の作成前であってもすることができることになっている（民法854条）。

財産目録の作成が終わった後、後見人は本来の職を全うすることになる。まず、身上監護に関する問題だが、ここで言う身上監護には、生活に関する一般的な事項、そのほかに住居、教育、療養看護に関する事柄などが入る。その際に、成年後見人は成年被後見人の意思を尊重し、かつ、その心身の状態及び生活の状況に配慮しなければならないという一般的な身上配慮義務が規定されている（民法858条）。

ここで問題なのは、身上監護の中に介護サービスも入ってくるのかどうか。一般的な生活の援助をしなければいけないということになると、お風呂に入れてあげるとかトイレに付き添うというのも当然入る。買い物に行くのも入ってくる。そうすると、介護サービスを後見人がやるのかという疑問がわいてくる。ところが、現在の後見制度においては、身上監護は介護サービスそのものを含んでいないことになっている。つまり、後見人は「福祉の司令塔」でよろしい、自分でやるのではなく、介護サービスはサービス提供会社と契約してやってもらえばいいということである。しかし、家族が後見人についている場合は事実上自分でやってしまうだろうし、例えば法人の信託銀行が後見人についている場合に、信託銀行に「トイレを手伝っていただけませんか」と言えるかということ、それは無理だということになる。つまり、だれが後見人になっているかによって内容が違ってくることは否めない。

財産管理については、財産の管理そのものをする場合と、成年被後見人にかわって第三者と契約などの取引をする場合、いわゆる法律行為をする場合の2つに分けることができる。

注意しなければいけないことは、まず、成年後見人が成年被後見人の住んでいる居住用の建物またはその敷地について、売却、賃貸借、賃貸借の解除または抵当権の設定その他これらに準ずる行為を行う場合には、家庭裁判所の許可がないとできないということである（民法859条の3）。なぜかという、もし成年被後見人の住居を処分してしまうと、成年被後見人は生活の場を失いかねない。生活の本拠を確保しようということによって制限を課しているわけである。

次に、成年後見人が成年被後見人との間で利益が相反するような行為（利益相反行為）をする場合には、成年後見人は特別代理人を選任して、その特別代理人に法律行為をしてもらうことになる（民法860条）。それでは、例えば被後見人が別荘を持っていて、後見人が被後見人のためにこの別荘に抵当権を設定して銀行から後見人が自分名義で1,000万円借りるのは、利益相反行為になるか。あるいは、被後見人は認知症高齢者で判断能力が全然ないため、後見人が銀行にかけ合って本人の代理人として1,000万円を借りる。そして、金銭消費貸借契約を銀行と本人との間で結ぶために本人の別荘に抵当権を設定するという行為を後見人が本人の代理人として行ったのは、利益相反行為になるか。

さて、どう判断したらよいか。最高裁の判例では、利益相反行為に当たるかどうかは外観で判断をする。つまり、前者は本人のために1,000万円借りたにもかかわらず、お金を借りているのが後見人自身なので利益相反行為に当たる。後者は、本人が借りて本人の土地・建物に抵当権を設定するというので利益相反行為に当たらないことになる。

利益相反行為に当たる場合には特別代理人を選任しなければいけないが、もし成年後見監督人がついている場合には、成年後見監督人に特別代理人のかわりをしてもらうことができる（民法860条ただし書き）。また、成年後見人が成年被後見人にかわってその営業を営むという場合や民法第13条に規定する重要な財産行為を行う場合、後見監督人がついでれば後見監督人の同意を得て行わなければならない（民法864条）。

成年後見人は1人でも複数でもいいことになっている。複数選任された場合、それぞれの後見人が持つ権限は、家庭裁判所が必要に応じて付与することになる（民法859条の2第1項）。また、第三者が取引をする際、複数後見人がいる場合にはそのうちの1人に意思表示をすればよいことになっている（民法859条の2第3項）。

⑤成年後見の終了

成年後見の終了には絶対的終了原因と相対的終了原因の2つがある。絶対的終了原因は成年後見そのものが終了するもので、具体的には成年被後見人が死亡した場合と後見開始の審判が取り消された場合ということになる。相対的終了原因は、その後見人との間では後見が終了するが、後見そのものは必要だというもので、成年後見人が死亡した場合、辞任した場合、解任された場合、成年後見人に欠格事由が発生した場合などがある。

成年後見が終了する場合、成年後見人は2カ月以内に財産管理の計算をしなければならない（民法870条）。財産の変動を明らかにすることで横領を防ぐことになる。この時、後見監督人がいる場合には後見監督人の立ち会いが必要で、立ち会いがなく行われれば効力がないことになる（民法871条）。もちろん、後見監督人がいなければ、立ち会いを求める必要はない。

⑥成年後見人の事務の監督

成年後見監督人は、必要があると認める場合に成年被後見人、その親族もしくは成年後見人の請求によって、または職権で家庭裁判所がつけることができる（民法849条の2）。必須の機関ではなく任意の機関であり、複数でも1人でもよいし、法人でも構わないことになっている。

成年後見監督人は、成年後見人の事務の監督を行う（民法851条1号）。成年後見監督人及び家庭裁判所は後見人を監督する機関として働くので、成年後見監督人または家庭裁判所は後見の事務の報告ないし財産目録の提出をいつでも求めることができるほか、事務、財産状況の調査をみずから行うことができる（民法863条1項）。さらに、家庭裁判所は成年後見監督人、成年被後見人もしくはその親族、その他利害関係人の請求に基づいて、または家庭裁判所の職権で、成年被後見人の財産その他の事務について必要な処分を命ずることができることになっているので（民法863条2項）、財産の散逸が危惧されるような時には、申し立てまたは職権でその財産の保護をすることも可能になる。

（3）保佐人

①保佐の開始

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について、保佐開始の審判を行うことができる（民法11条）。成年被後見人の場合は、事理を弁識する能力を欠く常況にある者となっていたが、ここではその程度が少し軽くなっていることがわかる。

保佐の審判がなされると、保佐人が付される（民法12条）。保佐人は後見人と同様に複数でも1人でも構わないし、法人でも構わない。

②保佐人の行為能力

民法第13条に規定する重要な財産行為を被保佐人が行う場合には、保佐人の同意を得なければいけないことになっている。もし保佐人の同意を得ないで民法13条第1項に規定する重要な財産行為、法律行為をした場合には、取り消しの原因になる（民法13条4項）。

取り消しと無効は法学部の学生でもよく間違うが、初めから法律上の効果が発生しない場合を無効と呼び、取り消しは、一応法律上の効力が発生しているが、取り消しの意思表示があると法律行為の初めにさかのぼってその効力を失わせるものを言う。つまり、取り消しという意思表示がない限りは、有効のままということになる。取り消しと似たものに撤回があるが、撤回はまだ効力が発生していない段階で効力発生を阻止するものであり、取り消しとは違う。さらに、法律行為不成立というものがあるが、これは法律行為そのものが成立していないという概念である。

民法第13条第1項には第1号から第9号まで重要な財産行為の規定がある。第1号は「元本を領収し、又は利用すること」とあるが、法定果実を生み出す本体財産のことを元本と呼んでいる。法定果実とは物の使用対価として受け取るべき金銭その他のもので、典型的なものに利息がある。この元本を領収し、または利用する場合になぜ保佐人の同意が必要かという点、例えばお金を貸して、その元本を返してもらうことになる大金が転がり込んでくる。その時に被保佐人がそれを浪費してしまうことを防ぐためである。

第2号は「借財又は保証をすること」。つまり、借金をしたり他人の保証人になったりする場合は、リスクを避けるために保佐人の同意が必要となる。

第3号は「不動産その他重要な財産に関する権利の得喪を目的とする法律行為をすること」。不動産を買ったり売ったり、抵当権を設定したりすること重要な財産行為であり、保佐人の同意が必要となる。

第4号は「訴訟行為をすること」。これは訴訟の原告になる場合のことを指しており、被告になる場合については保佐人の同意は必要ない。

第5号の「贈与、和解又は仲裁合意」は、被保佐人が不利な条件で和解をすることがないように、保佐人の同意を得なさいということになっている。この和解には裁判上の和解と裁判外の和解の両方が含まれると理解されている。

第6号は「相続の承認若しくは放棄又は遺産の分割をすること」。相続の承認なら遺産をもらえるからいいのではないかと思うかもしれないが、借金の相続も考えられる。さらに、相続の放棄をすると遺産が入ってこないことになる。また、遺産の分割をする場合も、精神上的障害で事理弁識

能力が著しく不十分な者が不利な遺産分割で納得させられては困るので、保佐人の同意が必要という事になっている。

問題は、弟の保佐人に兄がついているような場合で、この場合は共同相続人であることから、利益相反行為とみなされ、臨時保佐人をつけなければいけない事になっている。しかし、臨時保佐人をつけずに、ほかの身内が財産をたくさん取って、精神障害のある弟とか妹にビター文やらない形で納得させる例が非常に多い。このような相談を受けた時は遺言を書いてもらうことを勧めている。

遺言を書くことによって相続分を変更することができる。相続分には指定相続分と法定相続分の2つがあるが、遺言によって法定相続分とは違う相続分を指定することができ、指定相続分がある場合には法定相続分に優先することになる（民法902条1項）。ただし、指定されているにもかかわらず、共同相続人全員がこれはやめて法定相続分に変えようという合意をすると、指定相続分に従わないことができる。

第7号は「贈与の申込みを拒絶し、遺贈を放棄し、負担付贈与の申込みを承諾し、又は負担付遺贈を承認すること」。贈与の申込みの拒絶も遺贈の放棄も被保佐人の損になり、負担付贈与や負担付遺贈はリスクが伴うことから同様に保佐人の同意が必要になる。例えば、私が死んだらおまえに500万円やろう。そのかわりお母さんの面倒を一生見なさいというのが負担付贈与で、お母さんの面倒を一生見ると500万円とどっちが重いかをてんびんにかけることになる。

第8号は「新築、改築、増築又は大修繕をすること」。これらはお金がかなりかかるものであり、悪徳商法にだまされないためにも、保佐人の同意が必要になる。

第9号は「第602条に定める期間を超える賃貸借をすること」。民法の602条には短期賃貸借の規定があり、何年以上は長期賃貸借になるということが4項目書いてある。それを超える賃貸借をする場合は不動産の処分と同じような効果を発生させてしまうので、保佐人の同意が必要ということになっている。

以上のような民法で規定された重要な財産行為は、保佐人の同意がなければ法律行為をすることができない。もし同意を得ずにこれらの行為をすると取り消しの対象になる。また、何も問題は発生しないにもかかわらず、保佐人が同意してくれない場合は、家庭裁判所に申し立てをして保佐人の同意にかわる審判をしてもらうことによって、被保佐人が法律行為をすることができる（民法13条3項）。

③保佐人の職務

保佐人は、民法第13条第1項1号から9号まで規定する重要な財産行為についての同意権を持っており、被保佐人がこの同意がないままに法律行為をすれば取り消しの対象になる。

もう1つ重要なことは、保佐開始の審判を請求できる者、または保佐人もしくは保佐監督人の請求によって、被保佐人のために特定の法律行為について保佐人に代理権を付与する審判を求めることができる（民法876条の4第1項）。その場合、被保佐人本人の申し立てがあれば問題ないが、被保佐人本人の申し立てがなく代理権付与の申し立てをする場合には、本人の同意がないと代理権付与の審判はできない（民法876条の4第2項）。これは、残存能力の活用という理念の中の1つとして本人にさせることが原則なのに、本人以外の人に法律行為をさせることになるため、本人の同意がないと代理権は付与できないことにしているものである。

また、先ほどの後見人の場合と同様に、保佐人がその職務を執行するに当たっては、被保佐人の意思を尊重し、かつ、心身の状態及び生活の状況に配慮しなければならないという一般的配慮義務が規定されている（民法876条の5第1項）。

④臨時保佐人・保佐監督人

保佐の場合は成年後見と異なり、保佐人と被保佐人との間で取引が行われることが当然考えられる。このように、保佐人と被保佐人との間で利益相反行為に当たるケースが出てくる場合は、臨時保佐人を選任し、臨時保佐人がかわって行為をすることになる（民法876条の2第3項本文）。なお、保佐監督人がついている場合には臨時保佐人を選任する必要はなく、保佐監督人が利益相反行為をかわりに行うことになる（同項ただし書き）。

保佐監督人は後見監督人と同様、1人でも複数でもよく、法人でも構わない。保佐監督人は、保佐人の業務を監督するという権限を持つが、これは任意の機関であって、必ずつけなければいけないというものではない。

⑤保佐の終了

保佐の終了には、後見と同じように絶対的終了原因と相対的終了原因がある。

（4）補助人

①補助の開始

精神上の障害により事理を弁識する能力が不十分な者について申し立てがされ、補助開始の審判がなされると補助人がつくことになる（民法15条・16条）。補助は新しい成年後見制度でつく

られた3つ目の類型であり、軽度な精神上の障害がある人を援助しようという趣旨で創設された。認知症の高齢者には補助の類型に当たる方がかなりいることがわかっており、そういう人たちに利用してもらいたいということになる。

この制度は、本人から補助開始の審判の申し立てがあれば問題ないが、本人以外の者による請求の場合には、本人の同意がなければ補助開始の審判をすることができない（民法15条2項）。軽度なものという前提に立ち、本人の判断能力を十分に尊重しようということである。

② 補助人の職務

補助人は、被補助人の行為に対する同意権と取消権、または特定の財産行為に対する代理権の付与、このいずれか一方ないしは双方を持つことができる（民法17条、876条の9）。同意の対象となる法律行為は、先ほど紹介した民法第13条第1項に規定している重要な財産行為の一部となる。

補助の場合は、何をするにしても本人の同意が必要ということになる。

さらに、補助人が本人に対していろいろな補助の行為をする場合は善管注意義務をもって職務を行い、職務執行に当たっては被補助人の意思を尊重し、かつ、その心身の状態及び生活の状況に配慮しなければならないという一般的配慮義務が規定されている（民法876条の10による民法876条の5第1項の準用）。また、居住用の不動産の処分については後見人の場合と同様、家庭裁判所の許可が必要となる（民法876条の10による民法859条の3の準用）。

③ 臨時補助人・補助監督人

補助人と被補助人との間で取引行為を行うなど、それが利益相反行為になる場合には、臨時補助人を選任することになる（民法876条の7第3項本文）。ただし、補助監督人がついている場合は、補助監督人にかわりをやってもらうことになり、臨時補助人の選任は必要ない（同項ただし書き）。家庭裁判所は監督人をつけることができるが、補助監督人も任意の機関であり、つけてもつけなくてもよい。また、つける場合は、1人でも複数でも法人でも構わない。

④ 補助の終了

補助の終了にも、後見や保佐と同様、絶対的終了原因と相対的終了原因があり、絶対的終了原因は被補助人の死亡、補助開始審判の取り消しである。相対的終了原因には補助人の死亡、補助人の辞任、解任、欠格事由が発生したことがある。

(5) 任意後見

①任意後見制度の趣旨

成年後見制度改正の目玉の1つとして、2000年4月から任意後見制度が新しく創設された。これは、本人に判断能力があるうちに、将来、自分の事理弁識能力が減退した場合に備えて、契約によって自分の財産の管理や身上の事務に関する代理権をみずから選んだ者に付与しておくという制度である。民法の改正とは別に新しく立法されたもので、自己決定の尊重という理念を生かすために、本人の意思を十分配慮しつつ、本人保護のため必要最小限度の公的機関の関与を認めるという制度になっている。

②任意後見契約

任意後見制度を利用するためには、任意後見契約を結ぶことになる。任意後見契約は、「任意後見委任者が任意後見受任者に対して、精神上的障害により事理を弁識する能力が不十分な状況における自己の生活、療養看護および財産の管理に関する事務の全部または一部を委託し、その委任にかかる事務について代理権を与える」という形の委任契約である（任意後見契約に関する法律（以下「任意後見法」と略す）2条1号）。

民法上規定されている契約のことを典型契約ないしは有名契約と呼び、民法上規定のない形の契約を無名契約とか非典型契約と呼んでいる。委任契約は民法上規定がある有名契約であり、典型契約である。であれば、民法の委任の規定をそのまま使えばよいではないかということになるが、民法上の委任契約を使って契約をすると、本人に判断能力がある時はよいが、判断能力がなくなった場合は、委任契約を結んで後見人になった人がその人の財産を自由に処分したりすることができる。それでは本人の財産が危なくなるということで、普通の委任契約ではなく、新しい形の任意後見契約をつくったわけである。

任意後見契約は普通の委任契約と大きく違う点が2つある。まず、公証人立ち会いのもとで契約書をつくることになっており、その契約書も法務省令で定められた形式にのっとり作成する（任意後見法3条）。つまり、後見人になる人が自分に有利な契約内容を作成できないようになっている。

もう1つは、本人に意思能力の減退が発生した場合には、家庭裁判所にその旨を申し立てて、任意後見監督人の選任をすること。そして、この任意後見監督人の選任を停止条件として契約が成立することになっている点である（任意後見法4条1項本文）。さらに、任意後見監督人は必須の機

関で、必ずつけないと任意後見契約は発効しないことになっている。

ただし、普通の民法上の委任契約で任意後見契約のような契約を結ぶこともできるので、問題は、もう1つ問題なのは、任意後見制度は、将来、自分の事理弁識能力が減退した場合に備えてと書いてあるように、まさに将来型のものであるが、そのほかに即効型、移行型と呼ばれる任意後見制度がある。

即効型は、既に事理弁識能力の減退が発生している人と任意後見契約を結ぶもので、将来ではなく直ちに家庭裁判所に任意後見監督人の選任を申し立て、すぐに任意後見を発効させてもらうものである。これは、任意後見契約に関する法律の中では未成年者でも任意後見契約が結べることから、判断能力に多少問題があっても任意後見契約を結べるという判断が前提になっている。

移行型は、自分に判断能力がある間は通常の民法上の委任契約を結んで相手方に代理権を与えておいて、もし自分に判断能力の減退が発生したら、直ちに家庭裁判所に申し立てをして任意後見監督人を選任してもらって任意後見をスタートさせる。つまり、委任と任意後見制度を連続して利用するものである。しかし、即効型も移行型も家族の財産争い等で悪用されるケースが多く、現在はかなり問題になっている。

③任意後見の開始

任意後見は、任意後見監督人の選任によって開始されるが、任意後見監督人を選任しない場合が幾つかある。まず、本人が未成年者である場合には任意後見監督人を選任しないで、通常の親権者ないしは未成年後見で対応する（任意後見法4条1項1号）。未成年者の間でも任意後見契約を結ぶが、それは未成年者が成年に変わる時に移行するために結ぶもので、未成年の間は、任意後見監督人は選任しない。そのほか、本人が成年被後見人、被保佐人または被補助人である場合において、当該本人にかかわる後見、保佐または補助を継続することが本人の利益のために特に必要であると認められる時（同項2号）、任意後見受任者が民法の第847条に掲げられる者（欠格事由に該当する者）である時は、任意後見監督人の選任を行わない（同項3号イ・ロ）。また、任意後見受任者が不正な行為、著しい不行跡、その他任意後見の任務に適しない事由がある場合についても任意後見をスタートさせないことになっている（同号ハ）。

任意後見監督人の選任の申し立ては、本人が申し立てをする場合以外、つまり、任意後見受任者とかその他の人たちが任意後見監督人の申し立てをする場合には、本人の同意がないとできない（同法4条3項）。ただし、本人が意思表示できない場合には、同意は必要ないことになっている。

任意後見監督人が万が一欠けた場合には、家庭裁判所は、本人またはその親族もしくは任意後見

人の請求によって新しい任意後見監督人を選任しなければならない（同条4号）。また、さきの欠格事由のほかに、なれ合いを防止するため任意後見人の配偶者や直系血族、兄弟姉妹が任意後見監督人に就任することは禁じられている。

任意後見監督人を選任する場合において、本人が成年被後見人、被保佐人、被補助人になっている場合には、家庭裁判所はこれらの後見開始の審判、保佐開始の審判、補助開始の審判を取り消さなければいけないことになっている（同条2項）。

④任意後見人の職務

任意後見人は、任意後見契約に定められた職務を遂行する。したがって、任意後見契約の内容によって、その職務内容は変わってくる。

⑤任意後見監督人

任意後見監督人は必須の機関であり、任意後見人の職務を監督するほか、任意後見人の事務に関して家庭裁判所に定期的に報告をするという職務を負う（任意後見法7条1号・2号）。また、急迫の事情がある場合には、任意後見人の代理権の範囲内において必要な処分をすることができるほか、利益相反行為については、任意後見人にかわって任意後見監督人がその職務を代行することになる（同項3号・4号）。

⑥任意後見の終了

任意後見人が解任された場合、任意後見契約が解除された時のほか、委任者が死亡した場合、受任者が死亡した場合、または破産した場合に任意後見は終了することになる。

（6）法定後見と任意後見との関係

自己決定の尊重、本人の意思を尊重するということから、法定後見より任意後見のほうが優先する形になっている。ただし、本人の利益のため特に必要があると認められる場合については、法定後見をとる。

（7）成年後見登記

禁治産、準禁治産の話をした時に、もとの制度では禁治産者や準禁治産者であることが戸籍に載るといふ話をした。戸籍に載るとほかの人に見られることになり、プライバシーの侵害を初めとし

て、本人のほか家族についても大きな影響がある。しかし、取引の相手方からすれば、その人が成年被後見人になっているのか、被補助人になっているのか、被保佐人になっているのか、それとも任意後見人がついていのかどうかは大きな問題であることから、公示をしてもらいたいという要請もある。その問題をどこで調整するかを考えたものが成年後見登記である。

成年後見登記は、法務局ないしは地方法務局に備えられている登記ファイルに登録する。つまり、土地とか建物、いわゆる不動産の登記と同じような形で登記ファイルが備えられている。このファイルによって公示されるが、ファイルの閲覧を請求できるのは本人のほか、配偶者、四親等内の親族、任意後見人と法定の後見人だけであり、それ以外の者は後見登記ファイルを見ることができない。取引の相手方はどうするかというと、閲覧を請求できる人に対し、登記事項証明書の発行を求め、この人は後見に関して全く登記はなされていないことを証する証明書（これも登記事項証明書）を発行してもらおう。つまり、これらの証明書を取引の相手方に見せることによって、信用してもらえらえるということになる。

（８）成年後見制度の最近の動向と今後の課題

①成年後見制度の運用状況

2000年4月から運用が始まった新しい成年後見制度は、市民の間にも大分知られるようになってきた。最高裁判所家庭局が発表した数字によると、2007年4月から2008年3月までの1年間で全国の家庭裁判所に申し立てられた成年後見関係事件（後見開始、保佐開始、補助開始、任意後見監督人の選任手続）は2万4,988件となり、徐々に増えてきている。しかし、認知症高齢者は推定で180万人、知的障害者は約55万人、精神障害者は推定で303万人いると言われている。3つ合わせると500万人近くいる中で、後見などの申し立ては3万件に達していない。利用はまだまだ進んでおらず、成年後見制度の啓発活動が必要だということがわかるかと思う。

②今後の課題

成年後見関係事件における成年後見人等と本人との関係別割合を見ると、家族が多いことがわかる。まだ家族がいるならよいが、高齢者世帯、単身の高齢者が増えてくると、家族にも頼ることができなくなる。しかし、後見人につくと報酬を請求できるため、弁護士などをつけるとお金がかかる。財産を持っている人は、弁護士とか司法書士にお願いすることができるが、財産を持っていない人はどうしても家族に頼らざるを得ないことになってしまう。

後見制度では、ペンディングになっている問題が幾つかある。その1つが医療同意権の問題で、

判断能力が不十分な者ないしはしない者については、後見人が医療契約を本人にかわって締結することができるが、個々の医療措置、医療行為についての同意権までは持っていないのが通説とされている。したがって、生死にかかわるような手術をする時に、その同意を弁護士に求めたら大体拒否される。この医療同意権をどうするか。英米のように、裁判所が後見人に医療同意権を明確に与えるとか、カナダのオンタリオ州のように、病院の中に審査委員会をつくって、その委員会で同意をするかどうか第三者的な立場で判断するような制度も参考になる。

死後の事務処理の問題もある。委任契約では、本人が死亡すると契約の絶対的終了原因となって、その契約は終了する。本人が後見人との間で、私が死んだらこういう葬式を出してほしいとか、財産はこのように処分してほしいと依頼するのも委任であるため、本人が死亡すれば効果がなくなる。最近、最高裁判所でそういう契約も有効であるという判断が示されたが、問題は相続人や遺族が、その契約を解除したい、変更したいといった場合に、本人の意思と反することになる。

現在は、老人福祉法32条、精神保健福祉法51条の11の2、知的障害者福祉法28条といった特別の規定によって、市町村長に後見開始の審判の申し立てができることになっている。ただし、条文上、特に必要と認めるときとなっているため、なかなか申し立てをしてくれない。地域社会や身内と断絶して孤独になっている高齢世帯がかなり多い現実を考えると、これからはもっと積極的に市町村長申し立てを活用して本人の財産保護を図る必要があるのではないかと考えている。

また、後見人になる家族がいなくなった場合、公後見は財源のことを考えると消極的にならざるを得ず、あとはボランティアに頼るしか方法がない。そこで、市民後見人制度をどんどん活用しようという活動があらこちらで始まっているが、弁護士や司法書士でさえ権限を濫用するおそれがある中で、一般市民にあの人の後見人になって欲しいと簡単に言えるのかどうか。それなりの教育や監督の問題が当然課題として出てくるが、その辺は行政に携わっている皆様のご協力をいただきながら、充実した後見制度をつくっていきたいと思う。