

日本法における法定後見の若干の問題点

——特に、成年後見人の権限を中心に——

額田 洋一

日本の新しい成年後見制度が施行されて九年が経とうとする。この間、成年後見制度の利用は大きく進み、それともなつて解釈上、実践上の問題点も浮き彫りになつてきた。本報告では、成年後見人の権限を中心に法定後見における若干の問題点について検討をしたい。

一、成年後見人の権限

1 身上監護に関する権能

成年後見人（以下、「後見人」という。また、成年被後見人は「被後見人」または「本人」という）は、本人の「生活・療養看護に関する事務」（以下、便宜上「身上監護事務」という）および「財産の管理に関する事務」を行う（民法八五八参照）。これらの事務は後見人の権限であると同時に義務である。

身上監護事務とは、現実の「介護労働」を含まず、本人の生活や健康を維持できるよう見守り、必要な措置を手配すること（「見守り・手配」）がその内容である、と解するのが通説的見解であると思われる。

なお、「成年後見制度の改正に関する要綱試案」（以下、「要綱試案」という）では、旧八五八条（禁治産者の後見人は、禁治産者の資力に応じて、その療養看護に努めなければならぬ。）を維持することとしていたが、日弁連（法制審議会『成年後見制度の改正に関する要綱試案』に対する意見書—一九九八年）などの反対もあり、立法では旧八五八条は削除された。

2 身上配慮義務

民法八五八条は、「成年後見人は、成年被後見人の生活、療養看護……に関する事務を行うに当たっては、成年被後

見人の……心身の状態及び生活の状況に配慮しなければならぬ。」と定める。この「身上配慮義務」は、立法者によれば、後見人の善管注意義務を敷衍し、かつ、明確にしたものと説明される。

私は、身上配慮義務とは、「見守り・手配」義務（本人（被後見人）の生活が立ち行くよう見守り、必要な段取りをつけること）にはかならず、後見人の権限・義務の裏付けとなるだけでなく、たとえば、見守りとしての定期訪問（面接）義務などの具体的な義務を導くと考えている。

3 身上監護の内容

身上監護の内容として、立法者は、「成年被後見人の身体に対する強制を伴わず、かつ、契約等の法律行為である限り、一身専属的な事項を除き、身上監護に関するあらゆる事項をその対象として含みうる。」とし、具体的には、①介護・生活維持に関する事項、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医療に関する事項、⑤教育・リハビリに関する事項等をあげる。

日弁連の意見も、①住居の決定、②健康、衛生及び医療に関する決定、手配、監督、③旅行及びレクリエーションに関する配慮及び手配、④教育及び就業に関する配慮、手配、⑤社会福祉給付の受給、⑥介護方法の決定、手配、監督、⑦施設の処遇及び福祉の措置に対する監督、是正の要求、

⑧その他身上監護に関し必要と考えられる事項、を挙げている。

両者はおおむね一致しており（一致点については、異論のないところであろう）、相違するのは、a医療同意、b居所指定であり、さらにc身体拘束が問題になるが、ここでは、医療同意の問題を取り上げたい。

4 医療同意の問題

後述のとおり、立法担当者の見解は、後見人には医療同意の権限はないとしている。

しかし、後見業務の現場では、後見人に対し、様々な医療行為や措置について同意を求められる、という事態が起きている。たとえば、延命措置や手術その他の措置（胃潰瘍などの手術、下肢の切断、胃ろう、経管栄養など）、さらには予防注射にまで、「同意」が求められ、時に（あるいは多くの場合）、後見人が同意書に署名している現実がある。

後見人としては、法的根拠が不明な点に悩み、さらには事故等が起きた場合の責任問題というリスクを負担しながら後見業務を遂行しており、後見人、さらには医療サイドからも後見人の権能の明確化が求められている。

b 立法時の議論および立法担当者の見解
日弁連の意見は、医療行為に関する同意も後見人の権限

とすることを前提に、重大な医療行為に関する同意、医療保護入院の同意をするには家庭裁判所の許可を要するとしていた。

これに対し、法務省「成年後見問題研究会」（以下、研究会という）は、医療行為に関する同意は権限外としていた。

立法担当者は、「手術の同意は身上配慮義務には含まれない」「この問題は、医療の一般の問題として、一般的法理に委ねるべき」であるとしており、その理由として、「成年後見の場面における医的侵襲に関する決定・同意という問題は、一時的に意識を失った患者又は未成年者等に対する医的侵襲に関する決定・同意と共通する問題であり、それら一般の場合における決定・同意権者、決定・同意の根拠・限界等について社会一般のコンセンサスが得られているとは到底言い難い現在の状況の下で、本人の自己決定権及び基本的人権との抵触等の問題についての検討も未解決のまま、今回の民法改正に際して成年後見の場面についてのみ医的侵襲に関する決定権・同意権に関する規定を導入することは、時期尚早である」と説明し、「当面は社会通念のほか、緊急性がある場合には緊急避難・緊急事務管理等の一般法理に委ねざるを得ない」としている。

c 学説の状況

立法担当者の見解に従い、医療契約を締結する権限（代理行為）はあるが、医療行為を決定・同意する権限はない、

とするのが多数説であると思われる。

これに対し、次のとおり積極説も展開されている。

① 床谷説

「健康維持のための定期的な健康診断や日常生活の中で通常生じうる疾病・けが（風邪・骨折・歯痛など）については、それが客観的に必要と思われる限り、本人の意思に反する場合であっても（医者嫌い、検査嫌い）、成年後見人の判断で受診させ、通院・入院治療・リハビリを継続することができると考えてよいのではなからうか」

② 上山説

本人に判断能力がないことを前提として、「病的症状の医学的解明に必要な最小限の医的侵襲行為（触診、レントゲン検査、血液検査等）」、「当該診療契約から当然予想される、危険性の少ない身体的侵襲（熱冷まし注射、一般的投薬、骨折の治療、傷の縫合等）」、また、本人の推定的意思に合致し、あるいは少なくとも反しないことを前提に「健康診断および各種検査（ただし、重大な手術に匹敵するような危険性のある検査は除く）」、「各種予防接種の受診」につき、同意権を認める。

③ 能見説

後見人には被後見人の「療養看護に……関する事務を行う」義務があると考えるべきであり、「手術などについての意思決定もできると考えるべきであろう」

④ 須永説（「当面の」とされる）

「本人に意思能力がない場合には医療行為についての同意、代行・代諾の権能が成年後見人に認められるべきである、と思います。」

d 実務

ア 家庭裁判所の運用

「医療行為について、成年後見人の医療同意権がないことは不都合という意見が強く、この問題については切実なものがある。すでに一部の家庭裁判所では、多少緩和するかにみえる見解を示しているが、全体としては、なお消極的な立場をとるのが家庭裁判所実務の主流である。必要な場合には必要やむを得ないという形をとりながら現実的な処理をする対応が増えている。」

イ 実際の後見業務

後見人が、医療関係者から同意を求められることは多い。その場合、上述のように、立法担当者に見解によれば、権限なく、したがって、何ら効果がないのに、現実には、後見人が手術の同意書にサインをしていることもある。ただ、後見人単独の決定ではなく、医師・福祉職・縁故者などと相談して決定していることが多いであろう。

e 私見

私は、この問題について、かつて、立法論として後見人に医療同意権を認めるべきであるとし、また、上記日弁連大綱をとりまとめたメンバーの一員でもあった。しかし、実際に後見人に就任したり、後見人を務めておられる方の

意見を伺い、次のような、疑問も持っている。

ア 常に後見人の判断が優先すべきか

① 本人の意思

たとえば、精神障害者について、治療の結果寛解したが、なお財産管理上の必要から後見が継続している場合、後見人の判断より本人の意思を優先すべきではないか。

② 家族の意思

家族の意思より、第三者後見人の意思を優先してよいか。また、親族後見人であっても、たとえば、被後見人の配偶者が高齢のため被後見人の子が後見人に就任している場合、配偶者より後見人である子の判断を優先すべきか。

イ 判断者として、後見人が適任か

現実問題として、医療については素人である後見人（特に、第三者後見人）に適切な判断ができるか（実際、第三者（職業的）後見人の中に、医療同意権について消極的な意見が相当数あるという報告がある）。

さて、解釈論としては、どのように考えるべきか。後見業務の現場で明確化を求める声が強い以上、放置しておくことは妥当でない。後見人の役割が被後見人の最善の利益を旨指すことにあること、後見人には身上配慮義務があることからすれば、医療に関しての後見人の「かかわり」を否定することはできないであろう。上記イの懸念は、より適切な判断ができるような環境づくりを考えると同時に、後見人の「責任」範囲を明確化することで、後見人の不安

を軽減するほかはない。

次に、上記アから考えると、後見人が医療問題に関わるのは、本人に意思能力がなく、かつ、家族など他に関与する者がいない場合に限られると考えてよい(もともと、本人に意思能力があっても、減退して適切な判断が期待できない場合には、助言という形で関与できる)。このような限定的な考え方は、そもそも後見人の「見守り・手配」義務は、家族など他に「見守り・手配」をする者がいない場合に具体的な行動を要求するものであると考えられることから説明できる。

そして、関わり方としては、医療の専門家である医師と十分協議をして、より適切な治療・措置を選択することである、と考える。これを「同意権」といえば同意権である。そして、その選択した治療や措置を施して症状が悪化したり、死亡したとしても、医療の専門家である医師の意見をもとに判断した以上は、後見人には法的責任は生じないといふべきである。

このように解することには、責任の所在を不明確にするという批判がある。しかし、医療の側にも、第三者後見人の側にも「決断」を迫られることに躊躇を覚える意見がある以上、現実的には、このように考えるほかはないのではあるまいか。

むしろ、後見業務において期待される後見人の役割としては、不適切な治療や措置の中止を求める権能である。こ

の権能は、身上配慮義務あるいは医療契約に対する監視義務から導くことができる。被後見人の「生活の質」に大きな影響を与える下肢の切断や胃ろうの措置は、後見人と医師が福祉専門家も交え、十分協議する必要がある。また、より適切な治療がなされるためには、本人に関する医療情報や推定的意思を確認するための資料を収集し、医師に提供することが重要であり、このような役割は、身上配慮義務から根拠づけることができる、と考える。

さらに、このような限られた範囲でも、医療同意が後見人の権能とされ、医療行為に関する決定が後見人の職務に入ってくると、重要な医療行為については家庭裁判所が民法八六三条二項の「必要な処分」として許可を与える、という解釈も可能ではなからうか。

二、後見監督について

最近、家庭裁判所の後見監督―特に、収入が年金程度で、親族が後見人となっている場合―が簡略化されているようである。「親族が後見人である場合、昔ながらの好き勝手は許されないが、反対に、重箱の隅をつつくように目くじらを立てる必要性はない。」という考えに基づくようであり、「年金型は、報告をできるだけ軽便かつ最小限にすべき」であるとされる。

確かに、法律専門職でない後見人について負担を軽減さ

せる必要がある。また後見の事案が増加してくると、家裁の負担軽減をはかる必要性は理解される。しかし、年金しか収入のない知的障害者について、親族が年金を使い込んで施設への支払が滞るといふ例があると聞く。そのような家庭も後見制度を利用するようになったとき、後見人に「赤字か黒字か」と聞き、預金通帳のコピーを提出させるだけで済ませると、「計算合って金足らず」という事態になりかねない。少なくとも、家裁から施設へ支払の有無を確認する必要がある。

三、複数後見人について

1 複数後見人

現行法は、後見人を複数選任することができるとしている（民法八四三条三項、八五九条の二参照）。立法担当者は、複数後見人が利用される場合として、財産管理と身上監護を各分野の専門家に分担させる場合、親族と特定分野の専門家が協同する場合、チームを組んで後見事務を遂行することが効果的な場合、入所施設における日常の財産管理等を担当する後見人と遠方の財産を管理する後見人を選任する場合をあげている。

実務では、後見監督的な意味で親族と専門家を選任する場合、専門分野を生かすために法律と福祉の専門家を選任する場合、困難事案（たとえば、親族が後見に反対したり

虐待が疑われる場合）に対処するために専門家を複数選任する場合などがあるようである。

2 事務分掌と共同行使

現行法は、家庭裁判所は、職権で、複数後見人間の事務分掌、権限の共同行使の定めをすることができるとしている（民法八五九条の二）。

立法論として、共同行使が事務分掌を原則とすべきであるとの見解もあるが、裁判実務では、事務分掌、共同行使の定めは多くないように思われる。権限分掌、共同行使の定めをしない場合は、後見人間の協議による事実上の分掌、共同行使に任せている。

共同行使の定めをすると、後見人間の意見が食い違ったときに後見業務が停止してしまうため、適切でないことが多いであろう。

これに対し、事務分掌については、むしろ分掌の定めをした方がよいのではないか、という考えもありえよう。事実上の事務分掌では、身上監護を担当する後見人と財産管理を担当する後見人の意見が対立した場合、後見業務が円滑に行われなくなるからである。成年後見人間に意見の対立がある場合、家庭裁判所が「後見的」見地から調整を図るといふことも行われていたのではないかと推測するが、上記稲田論文は、後見裁判所はかかる調整的な仕事からは手を引き家事調停等に委ねるべきであるとされており、今

後は家裁の調整は期待できなくなるのではあるまいか。

事務分掌をした場合、身上監護担当後見人が契約した施設利用契約や福祉サービス利用契約について、財産管理担当後見人がそれを不当として利用料の支払いを拒絶することはできない、と考える。拒否した場合は職務違反であり、身上監護担当後見人の判断の可否は、その解任事由の存否等として判断されることになる。もっとも、両者が協議して円滑に業務がなされることが期待されるのであるが、法律論としては上記のように解するほかなかる。立法論としては、事実上の事務分掌の場合も含め、家庭裁判所が調整をする（あるいは決定をする）法制が望ましい。

四、後見登記と取引の安全

現行法は、後見に関する情報の公示を、戸籍への記載から後見登記制度に改めた。

しかし、現実の取引社会で後見登記がどの程度認知されているかは、残念ながら、報告者はよく把握していない。銀行等の金融機関では、成年後見制度の認識も進み、高齢の顧客の意思能力が疑われた場合には、顧客側に成年後見制度の利用の有無を確認し、利用していない場合には、後見制度の利用を勧め、どうしても利用を拒絶する顧客に対しては取引を謝絶することもあるようである（少なくとも、相談を受けた弁護士はそのように指導する）。不動産業界

の中にも、正確な法的知識を有する業者は、契約当事者に後見制度の利用の有無を確認する例があるやに聞く。後見を利用しない以上、取引を拒絶するということは硬直的すぎるとの意見もあるが、「意思能力なき者の行為は無効」との原則がある以上、やむを得ないところであろう。

なお、登記情報は、登記事項証明書（または、登記のないことの証明書）により開示され、登記事項証明書の交付を受けられるのは本人、後見人、配偶者および四親等内の親族などに限られているが、これらの者から委任を受けて交付を求めることも可能である。後見の開始を明らかにしているのに登記事項証明書の提出を拒むということは考えにくい。逆に、「登記されていないことの証明書」の提出を拒むということはありえなくはないが、少なくとも金融機関などでは、顧客の「意思能力の有無」で判断しているので、「登記されていないことの証明書」が提出されれば無条件に取引に応じ、逆に、提出されないことだけを理由に取引を拒絶するということはないと思われる。

五、後見人の確保について

現在、被後見人の累計は一〇万人を超えているのではないかとも思われ、社会福祉士の中には一人で一〇件以上の後見人となっている人もいる。他方、後見人候補として登録されている専門職の数には限度があり、今後、専門職後

見人の確保がますます困難になってくると思われる。そこで、専門職後見人の必要性の見直しと専門職後見人に代わる社会貢献型後見人（半ボランティア的な非専門職の後見人）の養成が課題になる。

専門職後見人が選任されるのは、①親族等に後見人の適任者がいない場合、②親族間に対立がある場合、③法律、福祉面などで困難な問題がある場合が考えられる。

このうち、③の場合は、問題が解消すれば（法律面の問題であれば弁護士などが就任して当初の法律問題が解決されたとき、福祉面であれば社会福祉士などが就任して介護・福祉支援が軌道に乗ったときは）、親族後見人に交代してよい。専門家は次の困難事案に振り向けるべきである。

①の場合、困難問題がなければ、一定の素養を持つ篤志家に後見業務を担ってもらってよい。すでに行政や当事者団体による後見人養成の活動が始まっているが、研修の修了者の中から実際に後見人に選任される例はまだ少ないようである。後見監督の問題等もあるが、研修の実績などを確認しつつ、後見業務の援助・支援体制を整えて、もっと積極的に選任してよいと考える。今後の進展が望まれるところである。

六、類型化について

現行法は、後見、保佐、補助の三類型をとる。立法時の

議論では、日弁連の意見を始め、「二元的」構成を提唱するものが多かった。私自身も一元型を提唱していた。

最終的に類型化がとられたわけであるが、これは、実際に開始決定をする家裁の負担を考えて、三類型とされたものと憶測する（一元型にすると、同意権・代理権をケースごとに設定しなければならぬので、より細やかな審理・判断が求められる）。

本人の利益を考えると、援助の範囲は細かく規定されるのが望ましい。他方、取引界からは、「一元化」されると本人の行為能力の範囲がまちまちになり取引の安全を害するという意見が予想される。しかし、保佐、補助の代理権はすでに個別に設定されることになっており（民法八七六条の四、八七六条の九）、行為能力の方だけ個別化に反対というのは説得的ではない。

立法論的には、一元化が望ましいと考えるが、少なくとも、保佐における要同意事項（民法一三条一項）を減らすことができるとする改正には抵抗は少ないと思われる。

注

（1）二〇〇七年四月から二〇〇八年三月までの後見・保佐・補助開始及び任意後見監督人選任の申立ては二四、九八八件ののぼる（最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事

件の概況（平成一九年四月から平成二〇年三月）。前年に比べると二三％の減少であるが、前年は障害者福祉サービスについての支援費制度の施行にともない知的障害者についての申立が著増したため、全体からみれば利用数は順調に増加している。

(2) 成年者について（あるいは、「監」の語感から）「監護」の語は適切でないとの意見もあるが、ここでは一般の用語例に従うこととする。

(3) 須永醇「成年後見制度の解釈運用と立法的課題」成年後見法研究第二号六頁（民法法研究会、二〇〇五年）。

(4) 要綱試案第二・三二(1)注記。

(5) 小林昭彦「原司」平成二一年民法改正等の解説(七)「法曹時報五三巻九号二五〇一頁（法曹会、二〇〇一年）」

(6) 拙著『こうして使おう新成年後見制度（第二版）』三一頁（税務経理協会、二〇〇六年）。

(7) 小林「原・前掲二五〇三頁」。

(8) 日弁連「法制審議会『成年後見制度の改正に関する要綱試案』に対する意見書」三四頁（一九九八年）。

(9) 「療養同意問題の現状とその対応策の提示」成年後見法研究第三号一一〇頁（二〇〇六年）（多田宏治発言）

(10) 日弁連『成年後見法大綱（中間意見）』一〇、四四頁（一九九六年）、同『成年後見法大綱（最終意見）』一〇、四〇頁（一九九八年）。

(11) 平成二一年六月二一日衆議院法務委員会における細川政府委員の答弁。

(12) 小林「原・前掲二五一頁注(2)」。

(13) 床谷文雄・民商法雑誌一二二巻四・五号五四七頁（二〇〇年）。

(14) 上山泰「専門職後見人と身上監護」一二〇頁（民法法研究会、二〇〇八年）。

(15) 四宮和夫「能見善久『民法総則（第六版）』六四頁（弘文堂、二〇〇二年）」。

(16) 須永「成年後見制度について」法と精神医療第一七巻二九頁。

(17) その理由として、①何も決定しませんが、実質的には、一つの決定である、②医師に一任すると、医師に過重な負担をかける、③より適切な者を後見人にする、④医学界を含む一般の状況（患者が意思能力を欠く場合、それに代わって医療行為に同意する者が必要であることについては異論はみられない）、⑤一五歳未満の子の養子縁組の代諾、未成年者の子に代わってする認知の訴えなどから、「純粹身分行為」についても、本人に意思能力がない場合は、法定代理が認められるべき、⑥民法八五八条の「療養看護に関する事務」の中に医療行為の同意を含ませることは、事実上の介護・看護を含ませるほどの文言上の抵抗感が存しない、⑦本人の意思能力がない場合、責任ある立場にある保護機関が本人に代わって同意、代行・代諾することは、本人の「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」の実現にも不可欠である、との点を上げられている。

(18) 稲田龍樹「成年後見制度の現状と課題―家庭裁判所から

- 見た運営―」成年後見法研究第五号八頁（二〇〇八年）。
- (19) 拙稿「成年後見法制定要綱『私案』」ジュリスト一〇五
五号一〇四頁。
- (20) 「医療同意問題の現状とその対応策の提示」成年後見法
研究第三号一二〇頁（二〇〇六年）（多田宏治発言）。
- (21) 同様の指摘に、上山・前掲一一六頁。
- (22) ただし、須永・前掲三二頁は「解釈論として、一定範囲
の医療行為につき家裁の許可を得させるようにすることは
不可能」とされる。
- (23) 稲田・前掲七頁。
- (24) 稲田・前掲一二頁。
- (25) 小林昭彦「大門匡編著『新成年後見制度の解説』一一七
頁（金融財政事情研究会、二〇〇〇年）。
- (26) 須永・前掲二〇頁。
- (27) 稲田・前掲一一頁。
- (28) 現在の、司法における「民活路線」からすると、後見監
督人にこのような調整権限を持たせることが考えられる。
- (29) さし当たって、ここでは、行政による例として「東京都
後見人候補者等養成事業」（研修は、東京都社会福祉協議
会へ委託）、当事者団体の例としてNPO法人あずみの会
の社会貢献型成年後見人養成研修講座をあげておく。
- (30) 日弁連『成年後見法大綱（中間意見）』一頁、同『成年
後見法大綱（最終意見）』一頁。
- (31) 拙稿・前掲一〇二頁。
- (32) 須永・注(3)論文四頁は、要同意事項の縮減も解釈上可能
であるとされる。