

## 韓国の新成年後見制度の成立と課題

朴 仁 煥

## I 序論

## 1 成年後見制度導入のための民法改正の経緯

韓国では、二〇一一年三月七日、新成年後見制度の導入のための民法一部改正法律案が成立し、二〇一三年七月一日から新成年後見制度が施行される予定である。成年後見に関する韓国の民法改正は、二〇〇九年から始まった民法大改正作業の一環であり、そのはじめての成果である。今回の民法大改正は、二〇〇九年二月、法務部が主管し、韓国民事法学会の積極的な協力のもとで、五個の分科委員会からなる民法改正委員会が発足したことから始まった。<sup>(1)</sup>なかでも行為能力を担当した第二分科委員会<sup>(2)</sup>は従来の行為無能力者制度を全面的に廃止し、それにかわる新しい成年後見制度の導入を内容とする民法一部改正法律案をいち早く法務部に提案した。その提案を受けた法務部

は、二〇〇九年九月、その改正案について公聴会を開き、社会各界の意見を受け入れる手続を経て、法案内容を確定し、二〇〇九年二月、それを政府案として国会に提出した。そして、二〇一〇年一月、国会の關係常任委員会（法制司法委員会）で一年ほどの審議を終え（審議過程でまた一部規定内容が修正された）、二〇一一年二月八日、同案は国会本会議を通過し、二〇一一年三月七日、公布されるに至った。<sup>3</sup> その法律案による改正民法はその附則により二〇一三年七月一日から施行される。公布から施行まで二年半という時間を設けたのは、新しい成年後見制度の施行にあたり広範におよぶ關係法令の整備が必要であるためである。そこで、二〇一〇年一月から法務部では、民法改正委員会とは別に成年後見關係法令整備委員会を設け、改正民法の施行のために必要な關係法令整備に当たっている。同委員会は、二〇一三年七月、改正民法との同時施行を目指し、家事訴訟法の改正、後見登記法の制定、被後見を理由とする多様な欠格条項の整備、後見契約制度の運営のための公証人法などの改正、後見法人の導入に伴う法令整備などに取り組んでいる。

## 2 新成年後見制度導入の必要性

韓国民法典では、判断能力がないかまたは衰えた要保護成年者のため、禁治産者制度と限定治産者制度を設けていた。すなわち、「心神喪失の常態」に陥ったり（禁治産）、「心神の薄弱」または「財産の浪費により自己または家族の生活を窮迫させる恐れがある者」（限定治産）に対し、近親者などの請求により家庭法院は禁治産宣告または限定治産宣告を下すことができる。宣告を受けた禁治産者または限定治産者は、法律行為をなすための行為能力が剥奪または制限されるため、単独で法律行為をなすことはできなくなる。したがって、禁治産者や限定治産者が単独でなした法律行為は本人およびその後見人により取り消されうることとなる。その代わり、限定治産者は、後

見人の代理によりもしくは後見人の同意を得て法律行為をなすことになり、禁治産者は、後見人の代理によりのみ法律関係を形成することになる。(韓国民法旧第九条乃至第二三条 改正前の民法の規定を「旧」と表記する。以下同じ)。ただ、後見人が財産関係上重要な事項について法律行為を代理し、またはそれに同意するためには親族会の同意を要する(韓国民法旧第九五〇条)。この制度は、改正前日本民法の禁治産者・準禁治産者制度を継受したものであり、その内容は改正前の日本民法に類似した内容を有している。<sup>(4)</sup>

韓国での成年後見制度は、家庭法院の宣告で本人の行為能力を剥奪し、その代わりに本人の法律関係の形成をできるようにするために後見人に包括的な法定代理権を与える、という構造になっている。成年後見の前提として、行為能力の剥奪または制限は不利な法律行為から本人を保護しかつ取引安全を守るために不可欠であると認識されており、韓国で成年後見制度と行為無能力者制度は同一視されてきた。しかし、本人の行為能力の剥奪または制限が本人保護のために必ずしも必要であるかは疑問であり、しかも、取引安全の問題は成年後見それ自体の目的ではない。何よりも問題なのは、その制度がほとんど利用されていないことである。<sup>(5)</sup> 基本的な私法制度でありながら、しかも、韓国社会の急速な高齢化により認知障害者が急増しているにもかかわらず、本制度があまり利用されていないのは大問題であるといわねばならない。それはなぜであろうか？

その理由として以下の点が挙げられる。<sup>(6)</sup>

まず、禁治産宣告や限定治産宣告を受けた者は、自ら法律行為をなす行為能力を失い、いわば行為無能力者になるため、何もできない人という否定的イメージ(Stigma)を本人やその家族に与えることが指摘される。

次に、禁治産宣告や限定治産宣告を受けた被後見人は行為能力が一律的に剥奪されるため、個別具体的にはまだ存在するかもしれない残存能力とそれに基ついた自己決定の可能性も全面的に否定される。

のみならず、禁治産者や限定治産者の職業上の資格、公務員になる資格などを剥奪する規定、各種法人団体の代表になることを禁ずる規定など（いわゆる、欠格条項）も多く存在する。したがって、禁治産者は、もとより、限定治産者も社会活動が殆どできなくなる。そうなると被後見人の社会参与または社会復帰の途も閉ざされることになる。

しかも、被後見人の財産管理や法律行為に関する能力を奪いながらも、医療行為への同意など本人保護に欠かさない身上監護の問題については明確な規定がなく、医療現場の慣行によって処理されているのが現状である。結局、現行の禁治産者や限定治産者制度は、財産管理や取引安全に主眼を置いたものであり、要保護者本人の保護にはあまり役に立っていない、と批判されている。

なお、韓国では、高齢者、精神病もしくは知的障害者の保護問題は、基本的に家族内で処理されるべき事柄であり、他人の介入を招く法制度などに頼るべきことではないという意識が強い。それは言うまでもなく儒教的伝統の家族倫理ないし家族観念に基づいたものである。結局、本人が相当な財産家であり、しかも、その財産管理をめぐって家族の中で紛争さえ起こらない限り、わざわざ行為無能力者制度を利用することはないのである。

しかし、韓国においても、産業化、都市化に伴う核家族化と、広がる個人主義の影響で、判断能力を欠いた者の保護は、家族内で処理することはもはや困難な状況になっている。

それにもかかわらず、現行制度は、上記のようにその財産管理や取引安全を念頭に置いた制度であり、現代社会が要求する、精神障害者の人権保護、自己決定の尊重、ノーマライゼーションの理念には符合しない。そこで、今まで機能不全に陥っていた行為無能力者制度の問題点を一掃し、実際に活用され役に立つ制度にするべきである、

という抜本的に改革を求める声が、高齢者団体や親亡き後を慮る障害児童の親の会などを中心に高まっていた。

特に二〇〇〇年を前後して、ドイツ、日本、英国、フランスなど諸国において障害者人権保護の観点で従来の成年後見制度を改革する動きが広がってきて、その国際的な立法動きに刺激の受け、韓国においても新成年後見制度についての議論が活発化<sup>(7)</sup>し、新制度導入の雰囲気<sup>(7)</sup>が急速に高まっていた。それが、今回の新しい成年後見制度導入のための民法改正作業が迅速に立法成立に至った理由である。

## II 新成年後見制度の理念と基本方針

今回の立法作業が本格化する前から、既に多数の研究者から成年後見制度の導入において新制度が目指すべき理念ないし価値として要保護者の人権擁護や自己決定の尊重、また、ノーマライゼーションの理念が提示されていた。それは、要保護者の判断能力が衰えても、可能な限り本人の残存能力を活用しながら従来通りの生活を送れるように支援することこそが大事であるとの共通の認識に基づくものである。つまり、できるだけ要保護者の残存能力を活用させ、その者の自己決定を尊重し、要保護者の人権擁護に繋げようとする、ノーマライゼーションの理念の下に、社会復帰を支援しようとするものである。

本格的な立法作業に先立ち、法務部の依頼を受け新成年後見制度の導入を目指して行われた研究では、世界各国の成年後見制度についての比較研究を踏まえて、次のような新制度導入の基本方針ないし原則が提示された。<sup>(8)</sup>それは今回の改正民法の改正方向にも影響を及ぼしたため、これを中心に少し具体的に見てみることにする。

第一、要保護者の残存能力の活用を最大限保障することにより本人の意思決定を可能な限り尊重する。それは、

要保護者の自己決定の尊重ないし人権擁護の理念から当然要請されることであり、要保護者の社会復帰にも役に立つことである。(ノーマライゼーション)

第二、国家の介入を最小限に抑える一方、画一的な保護措置よりも具体的な必要に応じて個別的な保護措置を優先する。画一的かつ定型的な措置にともなう、必要以上に国家の干渉を招くことを避け、要保護者の能力やその者を取り巻く事情に合わせた最適な措置が望まれるためである。(必要最小限の介入原則)

第三、持続的な保護のほか一回的または一時的な保護制度を設け、要保護者側が必要に応じて選択できるようにする。要保護者の事情によっては日常生活は家族を頼りにして送りながらも、それができない限られた場合のみで(たとえば、遺産分割など)成年後見制度の介入を求めることを想定したものである。

第四、従来 of 行為無能力者制度の欠陥として指摘されてきた身上監護(特に医療行為に対する同意など)にも配慮する。従来 of 制度は身上監護についてほとんど規定しなかったことに対する反省から、要保護者の保護のために欠かせない身上監護に関する規定の必要性を認定したものである。

第五、要保護者本人の意思尊重という観点から、法定後見のほか、事前に自己の意思に基づき後見契約を結んでおくという任意後見制度を導入する。高齢者がまだ判断能力を失わないうちに自分が信頼できる人に将来自分が判断能力が無くなったときの事務処理を頼んでおくというもので、最も自己決定の尊重にふさわしいと考えられる。

第六、家族のほか法人を含む職業的専門家の成年後見制度への参加ができるようにする。韓国においても家族の絆はどんどん薄くなっていくし、場合によっては、家族より専門的知識や経験をもつ第三者を後見人にした方が望ましい場合があるためである。

第七、既存 of 法制度で蓄積された法運営の経験やノウハウなどが、新しい制度の中でも生かされるよう、法制度

の連続性にも注意する。当然のことながら、立法に際してはその国の法制度や伝統を無視することはできない。立法作業一般に通用する注意点でもある。

### III 法定後見の類型と特徴

#### 1 法定後見の三類型——一元主義と多元主義の間——

新しい成年後見制度の導入に当たり、制度構造の面では、ひとつのごく弾力的な保護類型を置く一元主義を採るか、それとも要保護者の精神状態や保護内容などを基準として複数の類型を置く多元主義を採るかが議論されたが、それに対する立法論的研究がまだ十分ではなく、法曹全般にそれについて意見の一致が得られていないとの理由から、既存制度との連続性を重視し多元主義を採ることになった。<sup>(9)</sup>そこで、「精神的制約で事務処理能力の持続的な欠如」を要件とし従来の禁治産宣告にかわる成年後見、「精神的制約で事務処理能力の不足」を要件とし原則的には行為能力の制限を伴わない限定後見、「精神的制約で一回的若しくは一時的保護の必要性」があるときを想定した特定後見など、三つの保護類型が設けられた。しかし、韓国の成年後見制度における保護類型は各類型を弾力的に構成し、柔軟な運営が可能にすることによって、類型間の連続性を維持し、一元主義の長所である個別的な必要に応じた最適の保護措置が取れるように工夫されている。その面では、特に限定後見の利用に期待が寄せられる。限定後見は三類型のひとつでありながら、幅広い保護必要性に対応できるよう、ごく弾力的な構成と運営が想定されており、多元主義の中の一元主義ともいえる構造になっているためである。それゆえ、各類型の実質的な要件としての事務処理能力に関する記述上の差異にこだわる必要はない。

## (1) 成年後見

成年後見は、疾病、障害、老齢、そのほかの事由による「精神的制約で事務を処理する能力が持続的に欠如」した要保護者について、四親等内の近親者などの請求により成年後見が宣告されるものである（改正民法第九條一項<sup>(10)</sup>）。「事務を処理する能力の持続的な欠如」は、従来の禁治産宣告の要件としての「心神喪失の常態」と実質的にはあまり変わらないものと理解されている。改正民法においても後見の原因として身体的障害を含まれないのも従来の通りである<sup>(11)</sup>。なお、審判の手続きの開始に関して、家庭法院の職権による開始は排除されている。職権による手続きの開始が排除された一方で、公益の代表者として検事の請求による手続きの開始が維持されている。しかし、後見開始における検事の役割は今までほとんど機能してこなかったため、地域の自治団体長に後見手続開始の権限を与えることになった<sup>(12)</sup>。

そして、その後見審判においては、従来と異なり、本人の意思を考慮することが強調されている。つまり、成年後見の開始について本人の意見を聞き、本人の福利に反しない限り、それを積極的に考慮すべきである（改正民法第九條二項）。その民法規定を受け、家事訴訟法においても後見手続でも本人意思の尊重を確保するため、裁判官が本人を直接面接して後見の要否を判断するよう、手続法上必要な規定が提案されている<sup>(13)</sup>。

成年後見の宣告を受けた者（被成年後見人<sup>(14)</sup>）は、日用品取引以外には原則的に行為能力が制限され、被成年後見人がなした法律行為は後見人によって取り消されうる（改正民法第一〇條<sup>(15)</sup>）。それについて、立法基礎者は、持続的な意思能力の欠如においては意思無能力の立証なしに容易にその法律行為を取消することができる長点があると説明している<sup>(16)</sup>。しかし、それは、被成年後見人の行為能力を一律的に制限することであり、本人の自己決定権など基本的人権に対する不当な制限になる可能性があり、なお、新しい成年後見制度の自己決定尊重、必要最小限の介



入の理念に符合しない、との批判が避けられない。もっとも、家庭法院は、後見人の代理権を制限したり日用品取引のほかにも取り消しできない行為を定めることができ(改正民法第九三八条、第一〇条)、<sup>17)</sup>不当な人権侵害がならないように柔軟な制度運営が可能となっている。要するに、成年後見は、従来の禁治産制度の基本的骨格を維持し、原則的には被成年後見人の行為能力を制限しながらも、家庭法院が日用品の取引のほか自らできる行為の範囲を決められるようにする、代理権の授与においても基本的には従来の通り包括的な代理権を与えながらも、また、これを制限することもできるようにした。これらのことから、新しい制度において柔軟性を高め典型的保護主義の弱点である硬直性を克服しようとする立法意図がわかる。

しかし、少なくとも、制度設計の面においては、成年後見は、なお、本人の行為無能力と結合しており、本人の自己決定の可能性が一律的に閉ざされることになるため、人権保護の観点からは難点無しとはいえない。そこで、<sup>18)</sup>またも、制度運営面での対処ではあるが、成年後見を意識不明などごく限られた状況のみで活用することも考えられる。限定後見の適用範囲の広さこそそれを可能にするといえる。

## (2) 限定後見

限定後見は、疾病、障害、老齢、そのほかの事由による「精神的制約で事務を処理する能力が不足」している者について開始される(改正民法第一二一条一項)。成年後見より実質的要件(開始原因)が緩和されているが、実質的要件により成年後見と限定後見を段階的保護類型として区別するのは適切ではない。なぜならば限定後見は、通常成年後見の要件に該当する「事務を処理する能力が持続的に欠如」している場合でも利用されるし、判断能力の低下が比較的軽い場合でも利用されるためである。

被限定後見人は、原則的に行為能力を維持し、終局的かつ確定的に有効な法律行為をなすことができる。そのた

め、限定後見と行為能力の制限とは原則的には結合していない。しかし、家庭法院は限定後見の審判で一定の行為について限定後見人の同意を得なければならぬことを定めることができる。その場合、同意を得ていない被限定後見人の法律行為は取り消すことができる（同意留保の決定。改正民法第一三二条<sup>(9)</sup>）。なお、家庭法院は、限定後見人に代理権授与の審判をすることができるし、その代理権の範囲が、不適切になった場合には、関係者の請求によりその範囲を変更することも可能である（改正民法第九五九条四による第九三八条第三頁、四項の準用。）

従来の限定治産者は、未成年者の場合と同じ取り扱いがなされており、すべての財産的法律行為について後見人の同意を得なければならなかったが、そのような包括的な行為能力の制限は、本人の基本的権利に対する不当な制限になるので、原則的に新たな成年後見制度の理念に合致しない。そこで、限定後見においては、家庭法院が、具体的な要保護者の判断能力や事情を考慮し、個別的に同意留保の決定をすることができるようにした。そこで被限定後見人は、一方では本人の残存能力を活用しながら、他方では後見人の助力を得ることができるため、成年後見より自己決定の尊重に符合するといえる。限定後見は、韓国の成年後見制度の特徴が一番よく現れたものであり、新しい制度の核心的な役割を果たすことが期待される。これまで韓国の成年者保護制度は、不利益な取引から本人（実はその財産）を保護するために行為能力を剥奪し取引の世界から本人を追放し、その代わりに、後見人に包括的な法定代理権を与えて本人の法律関係の形成ができるようにする、という仕組みであった。成年後見といえは行為無能力制度であるという観念はこれから生まれたといえる。新しい限定後見においては、これを分離し、行為無能力は必ずしも成年後見制度の必修的な前提ではないことを明らかにしたといえる。成年後見制度と行為無能力制度の決別がようやく韓国民法典でも実現されたという意義は大きい。

しかし、この立法趣旨が、その趣旨の通り実現できるかどうかは、まだ実務の展開を見極める必要がある。なぜ

なら、改正民法の新しい制度を従来の禁治産、限定治産制度に準じて理解する傾向が強いためである。しかも、家庭法院の審理の負担が重くなるのが予想されるので、その審理負担を回避するために限定後見の実質的要件の文言上の差異に執着し、限定後見を成年後見の次の段階の保護類型と理解し、判断能力の差に応じて保護措置（同意留保と代理権の授与）を機械的に決定する恐れがある。それが限定後見の立法趣旨に合致しないことは言うまでもない。限定後見の本来の立法趣旨を生かすためには、要保護者の保護必要性を個別具体的に判断し、これに基づいて保護措置とその範囲を個別的に決定しなければならない。このように、韓国改正民法は法定後見において類型的保護主義に基づいて三類型を採りながらも、限定後見は類型主義下の一つの類型ではなく、一元主義の柔軟な運営を可能にさせる制度として設けられたものである。それについては、類型的保護主義の中での一元主義的な制度を設け、一種の折衷的構造になっていると評価できる。<sup>(20)</sup>

### (3) 特定後見

成年後見と限定後見は、持続的な後見保護制度であるが、特定後見は、一時的若しくは一回的な保護措置が採れる類型である。すなわち、「精神的な制約のため一時的または特定の事務に関する後援が必要」な人に対して特定後見の審判をすることができる。

要保護者が家族の助けなどで日常生活を無理なく営めるものの、たとえば、相続財産の分割の協議、意識不明の場合の医療行為への同意が必要な時に、その特定行為をなすことのみを職務とする代理人を選任するため、その利用が期待される（改正民法第一四条の二）<sup>(21)</sup>。

それは、特に英国の Mental Capacity Act (2005) 第一六条と改正フランス民法第四三三一条一項などを参考にした規定である。<sup>(22)</sup> 特定後見は、成年後見や限定後見のような持続的保護措置を望まない人のための制度であり、開

始の原因（実質的要件）によって区別される類型ではない（このことは限定後見で説明したことと同じである。）つまり、成年後見や限定後見の要件を満たしている場合においても、特定後見を請求することができる。そして、特定後見の開始に本人の同意は要しないが、本人の意思に反して特定後見の審判をすることはできない（改正民法第一四条の二第二項）。これは日本の補助が本人の同意を要することと異なる点である。

なお、特に韓国の特定後見において強調されねばならないのは、これは精神的制約の程度による段階的な保護類型のひとつではなく要保護者の保護必要性に応じて一回的または一時的な保護措置だけを利用できるようにするという点である。最小限の国家の介入を可能にするということで必要最小限の原則の実現に最も適した類型である。

特定後見の審判の場合は、特定後見の期間と職務の範囲を定め、それに必要な処分や特定後見人を選任し、その期間や事務処理の終了によって特定後見も終了することになる。

#### （4） 法定後見類型間の関係

家庭法院が、成年後見の審判をする時、または、限定後見の審判をする時は、従前の本人に対する限定後見と特定後見、成年後見と特定後見は、終了することになる。<sup>(23)</sup>しかし、特定後見をする時、従前の成年後見や限定後見の終了に関する規定はない。そこで、解釈論上被成年後見人または被限定後見人に関して特定後見が開始しても成年後見や限定後見は終了しないことになる。このような解釈の実質的な理由としては成年後見や限定後見が開始されている場合でも、特定の事柄についてはさらに特定後見人を選任して処理することが最も適合である場合があることがあげられる。

## 2 後見人の選任、職務、後見監督

## (1) 後見人の選任

従来、後見人は、原則的に法定順位によって決められたが、実際では不適切な場合がすくなくなかったため、改正民法では、これを改め、家庭法院が本人の意思を尊重し職権で選任することにした。そして、後見人として、家族のほか法人も含む第三者の職業的専門家を選任することができるようにした。なお、場合によっては複数の後見人を選任することもでき(改正民法第九三〇条、第九三六条参照)<sup>(24)</sup>、家庭法院は複数の後見人が共同で或は業務を分掌して権限を行使するように決定できる<sup>(25)</sup>。後見人の選任においても本人の意思尊重という原則が適用され、家庭法院は、後見人を選任するときに被後見人の意思を尊重しなければならない(改正民法第九三六条四項、第九五九条の五第二項)。

ここで議論すべき問題は、要保護者が受容されている福祉施設の人(施設の長など)を後見人として選任することができかどうか、なお、法人後見人の選任は自然人を後見人として選任することに対して予備的であるかどうかである。

まず、受容施設の人を後見人として選任することは禁じるべきだという議論が立法過程でなされたといわれているが、最終的には立法に至らなかった。受容施設の人を後見人として選任した時の後見職務遂行上の効率性を挙げ、これに賛成する見解もありうると思うが、被後見人と受容施設の人(特に施設長の場合)の間では利害相反が頻繁に起こることが予想されるし、後見監督の面でも透明性が劣れる可能性が高いため、結局不適切な場合が多く、制度運営上避けるべきであると思う。

なお、法人後見について考えると、後見人としては、先に自然人を考慮するのが望ましく自然人の後見人が耐え難い特別な事情がある場合のみで法人後見人を考慮すべきであると思う。後見職務の性質上後見人と被後見人の間

に人格的関係の形成が大事であり、そのためには、自然人が有利であると思うためである。その面で被後見人との人格的な接触がより重要な意味を持つ未成年後見の場合には、そもそも法人後見が考慮されていないことも参考に値する。<sup>26)</sup>

## (2) 後見人の職務

成年後見の場合には原則的に事務範囲が限定されない包括的な代理権（改正民法第九三八条第一項）、限定後見の場合には具体的な必要に応じて事務の範囲を限定した代理権（改正民法第九五九条の四第一項）、特定後見の場合には特定の行為に関する代理権（改正民法第九五九条の九）<sup>28)</sup>が後見人にそれぞれ与えられる。もっとも、家庭法院は、一定の範囲の人の請求によりその代理権を制限したり変更することができる（改正民法第九三八条第四項）。一見すると、類型ごとに代理権の範囲が異なるように規定されているが、包括的な代理権も制限することができるし、事務範囲を限定する代理権でもその範囲を如何に設定するかにより、広く認定すれば包括的代理権と接近し、また狭く設定すれば特定行為の代理権に接近することから、この区別は本質的な差異を反映したものではない。そのほか、医療行為についての同意など本人の身上に関する決定は、この性質上本人が決定することが大原則であるが、本人が決定できない場合に備え、家庭法院の決定により一定の場合には後見人が本人の身上に関する決定を代行する権限を行使することができる。なお、身上に関する権限の行使においては、重大な侵害をもたらす恐れがある手術など一定の場合には家庭法院の許可を要する。詳しくは、項目を改めて見ることにする。

## (3) 後見監督人

後見監督人は、後見人の事務を監督するほか、急迫な事情がある場合被後見人保護に必要な行為をしたり、後見人と被後見人の間の利害相反の場合、後見人を代理することができる。<sup>29)</sup>なお、後見人が一定の重要な法律行為を

代理するときには後見監督人の同意を得なければならない。<sup>(30)</sup> 従来後見人の監督は親族会が行うことになっていたが、これまで余り機能しなかったとの評価を受け、改正民法ではそれを廃止した。その代わり新たに後見監督人制度を導入したが、それは必須機関ではなく任意機関であるに過ぎない。そこで、家庭法院の判断により後見監督人の選任の如何が決められる。親族会を廃止することの代わりに後見監督人を任意機関としたことについては、後見人に対する監督機能の弱化であり、後見監督は従来より後退したのではないかとの疑念が提起されている。<sup>(31)</sup>

### 3 後見の公示

成年後見事項の公示のために新たに後見登記制度を設けることになった。従来、韓国において後見事項の公示と証明は戸籍簿によってなされていたが、戸籍簿は封建的家父長的な戸主制度に基づいたものであり、韓国の家族制度の民主的改革の一環として、二〇〇五年の民法改正による戸主制度の廃止とともに戸籍簿も廃止された。それを代替するために個人編成の新たな家族関係登録制度が二〇〇八年から施行されている。

当初、改正案では今回の新しい成年後見制度の施行に伴い、後見事項の公示はその個人別家族関係登録簿に記載することにした。また、後見事項の証明のために家族関係登録制度上の既存の五つの目的別証明書に加え、後見事項証明書という新しい証明書の類型の新設が改正委員会から提案されていた。その提案によると、その証明書の発給請求権者は被後見人のプライバシー保護という観点から、本人、四親等内の親族、後見人、後見監督人などに厳格に制限された。たとえば、被後見人の単なるの潜在的取引の相手は被後見人の後見事項証明書を発給を受けられないことになる。ところが、後見事項の公示方法が家族関係登録制度の活用から新たな後見登記制度を設けることへと変更された。そして、成年後見関係法令整備委員会では新たに後見登記法の制定に向けて議論を重ねている。

#### IV 身上に関する決定について

##### 1 現行民法上の身上監護の問題

従来の禁治産・限定治産制度は、本人の財産管理と第三者の取引安全などに重点を置く一方、他方で本人保護に欠かせない身上監護についてはほとんど配慮していないとの批判があった。現行韓国民法典では、被後見人の身上監護について、改正前の日本民法第八八条を継受した第九四七条ひとつの条文だけを設けていた。しかし、この条文の実際の適用事例や学説は殆どなくその趣旨も必ずしも明確ではない。<sup>(32)</sup> 韓国民法第九四七条では改正前の日本民法第八八条のような「資力に従い」という文言がないので、文言の差異に注目し財産管理に付随してのみの注意義務ではなく一般的に身上監護に関する後見人の権限と義務を認めた規定であると積極的解釈する見解もありうる。しかし、これは実質的に事実行為としての介護義務を課することになりかねないし、本質的に後見人に扶養義務を課することに近いものであるから、採るべき見解ではないと思われる。<sup>(33)</sup>

なお、韓国では、第九四七条第一項の規定を根拠に禁治産者の身上監護全般について後見人が権限を持つという見解もある。<sup>(34)</sup> この見解は既に日本民法学から明らかになったこの条文の立法趣旨から懸け離れており、身上監護に関する事柄の一身専属的な性質には齟齬すると思われる。

他方で韓国の精神保健法第二四条によると、家庭法院の許可がなくても精神科専門医の判断と扶養義務者もしくは後見人など保護義務者の二人の同意があれば、被後見人を精神病院に強制入院させることができる。その強制入院は原則的に六ヶ月以内と定められているが審査を経て延長することができる。そこで、民法第九四七条との不



均衡が生じるわけであるが、その関係については余り議論されてこなかった。被後見人の人権と成年後見に関する改正民法と整合性がとれるよう、精神保健法の整備が必要である。

また、なにより問題なのは、意思能力のない人が身体に対する重大な侵襲を伴う手術など医療行為を受ける際に、本人の代わりにだれが同意するかということである。医療行為に対する同意は本質的に効果意思でもないし、医療行為に対する同意は身体に対する一種の処分であり、一身専属的性質を持つものであるため、上記のように法定代理権を持つ後見人であっても当然身上に関する権限も持つとはいえない。医療現場では家族など近親者の同意によって医療行為が行われているが、その根拠は乏しい。なお、近親者であっても必ずしも同意を代行するに適当な人であるとは限らない。

そこで、現行民法典では、医療行為に対する同意などの身上決定の問題については規範的空白があったと認めざるを得ない。

## 2 改正民法上後見人の身上に関する決定権

### (1) 後見人の身上決定に関する規定

新しい成年後見制度導入の理由の一つは、身上に関する決定の問題に対する現行法の立法的不備に対処することである。そこで、改正民法では、家庭法院が後見人に被後見人の身上に関する決定の権限を与えることができるようにするとともに後見人の権限行使の適切さをチェックするため、一定の場合には家庭法院の許可を得るように規定している。

まず、身上の問題は一身専属的権限であるため、被後見人は自分の身上に関して自身で決定することができる状

態であれば、自分が単独で決定するという原則を規定している（改正民法第九四七条の二、<sup>35</sup>後見人の身上決定権限の補充性）。しかし、それができない場合に備え、家庭法院は、成年後見人が被成年後見人の身上に関して決定する権限の範囲を定めることができるとした。（改正民法第九三八条三項）

もっとも、精神病院などへの隔離、死亡または深刻な障害の恐れがある医療行為など、身上に重大な侵害が伴う決定をする場合には、家庭法院の許可を要する。（改正案第九四七条の二第四項）。また、成年後見人が被後見人を代理し、彼の居住している建物またはその敷地を売渡など処分する行為をなす場合にも家庭法院の許可を要する（改正民法第九四七条の二第五項。後見人の身上決定に対する家庭法院の許可）。同条第六項は、財産的法律行為ではあるが、本人の住居に関する決定は身上の問題と密接にかかわっている事柄であるため、身上監護に関する決定の問題とともに規定したのである。なお、これらの後見人の被後見人の身上に関する決定権限についての規定は、限定後見人に準用される。（改正民法第九五九条の四 第二項）

## （2）改正民法の解釈上の問題と課題

改正民法の身上決定に関する新しい規定にもかかわらず、次のような問題がまだ残されている。

まず、改正民法第九四七条の二の新しい規定が設けられたにもかかわらず、近親者の同意を求める医療現場の慣行が変えられるかどうかは疑問である。医療現場では、長い間医療同意に関する民法上の空白を補うために近親者が同意する慣行を成立させ、今は、ある種の確信を持っているようにも見える。したがって、改正民法で後見人の身上決定権が規定されたといえ、医療現場の近親者同意の慣行がすぐになくなるかというところではなからう。この問題の整理のためには、近親者の同意権がどこに根拠を置いたものであるかをまず究明すべきであり、それに基づいて後見人の身上決定権との関係を整合的に整理しなければならないと思う。

次に、重大な侵害を伴う医療同意に関する家庭法院の許可の問題である。改正民法では、精神病院への隔離、死亡または深刻な障害の恐れがある医療行為、身上に重大な侵害が伴う決定をする場合などに家庭法院の許可を要する場合を制限しているが、かような医療行為は医療現場では日常的なものである。したがって、被後見人がこの医療行為にあたる手術などを受けるにあたって、その都度、家庭法院の許可を得ることが現実的であるかどうかは疑問である。医療現場で家庭法院の許可を得ることを強制することは医療現場に過度の負担を強いるものと言わねばならない。まだ後見が開始されていない場合には、まず後見を開始させなければならぬので、なおさら迅速な対応が難しくなる。医療行為に対する後見人の同意が実際に作動させるためには、迅速な対応ができるように家庭法院側の準備態勢も整えていなければならない。

そのほかにも、後見人の身上決定が、被後見人の身体の完全性、居住移転の自由、住居の自由および私生活に重大な侵害を伴う場合、家庭法院の同意を要するかどうかの問題である。この内容は、法務部の改正案では第九四七条の二第五項として含まれていたが、その適用範囲が明確ではないので、実務上難点があるという法院側の指摘で削除された。後見人の被後見人の身上の関する強制的介入を何処まで認めるかの問題で、性質上医療同意や強制隔離などに準じて考えるべきではないかと思う。したがって、被後見人の身上に密接な生活関係についての強制的介入には、明文がなくても医療同意や強制隔離に関する家庭法院の許可規定を類推適用すべきである。

## V 後見契約について

### 1 後見契約規定の意義

新成年後見制度においては、法定後見のほか、後見契約制度が新たに設けられた。後見契約とは、疾病、障害、老齢、その他の事由による精神的な制約のため事務を処理する能力が不足な状況においてまたは不足が予想される状況に備え、自分の財産管理及び身上保護に関する事務の全部または一部を他人に委託し、その委託事務に関する代理権授与などを内容とする契約である（改正民法 第九五九条の一四<sup>(36)</sup> 第一項）。その契約は、公正証書によって締結しなければならず（第二項）、家庭法院が任意後見監督人を選任した時から効力が発生するものである（第三項）。

後見契約は将来精神能力が低下するときに備え、自分が信頼できる人を選んで後見事務の処理を内容とする契約を結んでおき、家庭法院が任意後見監督人を選任するときから発効する、一種の委任契約である。

この条文がなくても、後見事務処理を内容とする委任契約を結ぶことを制限する民法上の規定は存在しない。韓国民法においては、委任の当事者の死亡、破産以外に本人の意思能力がなくなっても委任は終了しないためである（周知の通り、後見契約を結んでも本人の意思能力がなくなったら代理権も消滅するので、「持続的代理権」の立法が必要であった英米法とは事情が異なる）。しかし、事実上の問題として、後見契約が発動した状況であれば本人は既に意思能力を失っている場合が多いということから、本人による代理人の統制は期待できない。法定後見を発動させ法定後見人によってその代理人を統制することも可能であろうが、法定後見人と任意代理人の権限が

重なったり法律関係が複雑になったりして現実的な対処方法とはいえない。なお、後見契約が発動した後に後見契約に対して紛争が起こっても本人は自己の利益を守ることができない。

その後見契約の締結と発効をめぐる相当な法的不安定が予想されるので、改正民法は、それを防ぐため日本の立法例も参考にし、後見契約を結ぶときには公正証書によることとし、その契約の発効も家庭法院による任意後見監督人の選任時として一義的に明確になるようにした。<sup>37)</sup>改正民法の後見契約は日本の後見契約法を大いに参考したことは間違いない。しかし、これもまた異なるところも少なくないことに注意すべきである。何よりも韓国の後見契約において任意後見人に身上に関する決定権も授与することができるのは大きな違いである。

また、後見契約は、本人の意思尊重、私的自治の原則により法定後見に優先し、両者の両立はできないので、不都合な場合も予想される。それは、後見契約の内容に漏れがある場合が予想されるためである。しかし、それに対応するために法定後見が発動されると、任意後見は消滅することになるので（改正民法第九五九条の二〇第一項）、後見契約を結んでおいた被後見人の意思は実現できなくなる。もちろん、家庭法院は、法定後見の開始において後見人として前の任意後見人を選任し、代理権の授与などにも後見契約の内容を勘案することで、後見契約上の本人の意思を法定後見にも反映することができよう。

## 2 後見契約をめぐる解釈と課題

### (1) 後見契約締結に必要な意思能力

後見契約を締結するには当然意思能力がなければならぬ。しかし、通常後見契約は本人が精神能力の低下を気づいてからその必要性を感じる場合が多い。この場合、精神能力の低下を理由に後見契約締結がすべて無効だとす

れば、後見契約に関する立法目的の実現は難しくなる。後見契約が可能な限り要保護者本人の意思を尊重しようとの理念に基づいたことを考慮すれば、後見契約の規範的意味とその効果について通常の財産管理や身上管理に関する契約締結に要求されるほどの厳格な意味での認識と判断能力を整えていなくても、後見契約の主な規範内容とそれが自分の生活に及ぼす影響について概括的認識と判断ができれば、後見契約に必要な意思能力を有していると認定した方が改正民法の趣旨に符合するのではないかと思われる。特に改正民法第九九条の「第一項は精神的な制約のため事務を処理する能力が不足な状況においても後見契約の締結を認定していることに注意すべきである。それは後見契約に関する意思能力判断の特殊性を認定したものと理解することができる。

## (2) 後見契約上発効時期に関する定め

日本の任意後見契約に関する法律においては委任人が意思能力を喪失したことを停止条件とする旨の特約や、委任人が一定の年齢に達した時を期限とする旨の特約を付した契約は、任意後見契約の要件に適合せず、無効であるとされている<sup>38)</sup>。これとは対照的に韓国の改正民法の解説によれば、後見契約の効力発生時期（条件、期限など）は原則的に当事者の後見契約上の定めによるとされている<sup>39)</sup>。しかし、後見契約で当事者が効力発生時点を定めてもそれだけで効力が発生するわけではない。家庭法院が後見契約で当事者が定めた効力発生時点に達したかどうかを確認し、任意後見監督人を選任してはじめて効力が発生する。したがって、後見契約の発効に関して当事者が付した条件や期限は可能な限り任意後見監督人の選任請求時期に関する定めとして解釈しなければならない。これは当事者の約定の趣旨についてその効力が維持できるように合理的に解釈すべきであるためである。これに反してその約定が任意後見監督人の選任に関する規定を排除する約定であればそれは無効である。実務上には当事者による後見契約の効力発生時期に関する定めについては、それにより後見契約が無効になる不都合な事態が生じないように公

正証書の作成時に公証人などの適切な介入が必要であると思われる。

また、後見契約の効力発生時点についての合意が、家庭法院が任意後見監督人を選任するときに本人の同意（改正民法第九五九条の一五第二項）に関して本人を拘束するかも問題である。後見契約で任意後見監督人の選任時期に関する定めに本人が拘束されるとすれば、それが本人の意思尊重という後見契約制度の目的に符合するかは疑問であり、逆にその定めが任意後見監督人選任時における本人の意思を拘束しないとすれば、後見契約での効力発生時点などに関する合意（結局は任意後見監督人の選任時期に関する約定）は、任意後見監督人を選任するとき、本人が意思無能力状態にある時のみ意味があることになる。

### （3）代理による後見契約の締結の可否

韓国改正民法の解説によれば、後見契約の締結は一身専属的ではないから代理による後見契約の締結も肯定する見解が示されている<sup>(40)</sup>。しかし、本人の意思尊重、自己決定の尊重という後見契約の立法趣旨からすれば、後見契約の締結は当然本人の意思に基づいて締結されなければならない。本人の意思尊重という後見契約制度の趣旨から考えてみると、後見契約の締結はやはり一身専属的なものとして理解するのが妥当であると思われる。そこで、後見契約は本人が直接に締結するのが原則であると解すべきである。それは被後見人の場合も同じである。被限定後見人は意思能力がある限りかつ後見契約の締結が同意留保の事項ではない限り自ら後見契約を結ぶのに障害は無い。しかし、被成年後見人は意思能力を回復しても自ら単独で後見契約を締結することができるかどうかについては議論の余地がある。被後見人の行為は原則的に取り消すことができるから公証人は失効する可能性がある公正証書を作成を拒む可能性があるためである。

そこで、被成年後見人の場合は、成年後見人の代理による後見契約の締結を認めるべきだとする見方もあろう。

しかし、後見契約の締結を一身専属的な行為として捉えれば、後見人は、そもそも被後見人の後見契約の締結に介入する権限がない、したがって、被後見人に意思能力がある限り後見人が被後見人の後見契約を取消する権限もないと解釈すべきではないかと思われる。

もっとも、被成年後見人が有効に後見契約を締結できるかどうかについて議論の余地はあるため、後見契約の性質についての見解が実務上確立されるまでは被成年後見人が後見契約を締結するときに成人後見人がその場でそれを直ちに追認する形で後見契約を締結する方法も考えられる。

いずれにせよ、被後見人の意思に基づかずに法定後見から任意後見に移行することはできないが、被後見人に後見契約締結の意思能力があれば、任意後見への履行は認めるべきである。

しかし、未成年者の場合は事情が異なる。障害を持つ未成年者の親権者である父母は将来自ら子供の面倒を見ることのできない事態に備え、自分の子供のために事前に信頼できる人を選んで子供を当事者とする後見契約を結んで置きたいという願望があり、それは叶えてあげるべきである。そこで、少なくとも未成年者が意思能力がない限り特別に親権者である父母にその未成年者のための後見契約を締結する代理権を認めることは否定できない。そして、後見契約締結の代理権は成年の子供を扶養している父母にも認めるべきである。フランス民法ではその趣旨が明文化されている<sup>(4)</sup>。しかし、韓国の改正民法では明文の規定がないので実定法的根拠がない。

親権者はほかの法定代理人と異なり、未成年者に対する包括的な財産管理と身上監護に関する権限を持っており、親権者である父母は遺言で後見人を指定することもできることから、<sup>(42)</sup>例外的に未成年の子のために後見契約を締結する代理権を認めるとの解釈もありうるが、未成年者が成年になった後でもなお親権が及べるのかは疑問である。しかも、既に成年に達した子供のためにする父母の後見契約締結の代理権は実定法的根拠無しではなかなか認め難



いといわざるを得ない。結局、解釈論の域を超えるので、意思能力のない子供のために親権者またはその子供を経済的かつ情緒的扶養している親に後見契約締結の代理権を与える民法規定を新たに設けるべきであり、これからの立法課題である。<sup>(43)</sup>

#### (4) 任意後見人の身上決定と家庭法院の許可の類推可能性

韓国改正民法によると、後見契約で身上に関する決定権限を任意後見人に授与することもできる。また、法定後見の場合は強制隔離、死亡や相当な障害を負う危険があるときには家庭法院の許可が必要であるが、任意後見人がこのような同意をするときも、法定後見人のように家庭法院の許可が必要と解釈すべきかどうかが問題である。一方で任意後見人の身上に関する決定権は、本人の意思に基づいて授与されるということに注目すれば、また、家庭法院の許可の実効性などを考えれば、類推することが必然的ではないといえるかもしれない。他方で任意後見人も法定後見人と類似して家庭法院の間接的な監督の下で活動している点を考慮すると、任意後見人の重大な医療行為についての同意をするには第九四七条の二を類推して家庭法院の許可が必要である、と解釈することも可能である。思うに、本人が任意後見人の身上保護に関する権限の行使条件を具体的に明示した場合には、それにより生命侵害または重い障害をもたらす恐れがあってもまたも家庭法院の許可を待つ必要はないのではないかと思われる。制度運営の面では、公証人は後見契約の公正証書において身上に関する権限行使の条件や自分が望む身上決定の方向をできるだけ具体的に記載するように助言すべきである。そうすることにより後見契約が韓国ではまだ法制化されていない事前医療指示書のように活用される可能性もあるのではないかと思う。なお、それ以外にも本人が望む任意後見人の権限行使の基準やライフスタイルを後見契約に記載して置けば、任意後見人などはその権限を行使する際にそれを尊重すべきであると思う（改正民法第九九条一四第四項参照）。

(5) 法定後見との関係

改正民法によると、本人の意思に基づいた任意後見は法定後見に優先し、両者の並存は許されない。すなわち、任意後見登記がなされていた場合には、家庭法院は原則的に法定後見を開始しない（改正民法第九五九条二〇第一項<sup>(4)</sup>）。しかし、家庭法院は本人の利益のために特別に必要であるときに限り、法定後見開始の審判をすることができる。たとえば、後見契約上任意後見人の代理権が制限的に列挙されているため、必要な代理権が欠如ないし保護の空白が発生する場合、なお、精神的な制約を受けている本人がやみくもに法律行為をしてそれにより不利益が生じるとき法定後見による取消権などを認定する必要がある。なお、既に法定後見の保護を受けている本人に対して任意後見監督人を選任する場合には、前の法定後見については終了審判をすることになっている（改正民法第九五九条二〇第二項）。

任意後見は本人の意思に基づいているため、法定後見より優先されるが、同意権と取消権はないため、法定後見を完全に取って代わることはできない。任意後見の空白を補うため、法定後見が必要である場合もあるが、法定後見を開始すると任意後見は全部終了してしまう。両者の並存可能性について検討すべきであり、既にその方向での改正提案がなされている<sup>(4)</sup>。

(6) 後見契約の公示

後見契約も法定後見のように公示しなければならない。特に後見契約に関する登記は公証人の嘱託によってなされるのが予想される。また、後見登記法がまだ成立していないので、後見契約の内容をどの範囲で登記するかもまだ不透明である。思うに、第三者への影響が大きい代理権の範囲や行使方法などは登記しなければならない。他方で身上に関する決定権が与えられているときはそれもまた登記しなければならないのかどうかは、検討に値する。

代理権とは異なり、身上に関する事項はプライバシー侵害の恐れがあるためである。なお、後見契約で契約の効力発生時期の定めがある場合はこれも登記しなければならないのかも、また決めなければならない。

## VI 結論に代えて

韓国の新成年後見制度は、要保護者の人権擁護や自己決定の尊重、ノーマライゼーションの理念の下で、世界各国の制度を参考にし、これを韓国の既存制度と社会実情に合わせ、再構成した立法である。まず、従来の禁治産・限定治産と代表されている類型的保護主義を維持し制度の連続性を保ちながら、各類型の柔軟性を高めることで類型的保護の硬直性を緩和しようとしている。特に限定後見は、後見の開始原因による単なる段階的な保護類型のひとつではなく、ドイツの成年後見制度のように、本人を巡る具体的な事情を考慮して個別的に保護措置を採っていく制度である。これは形式的には類型的保護主義の一つの類型に過ぎないが、実質的には一元主義的保護制度が入っており、全体的には折衷的制度であると評価できる。また、今回の成年後見に関する立法は、現行民法上根拠が曖昧であった身上監護に関する後見人の事務と権限について根拠を設けたことに意義を見出すこともできる。しかし、身上監護に関する問題は今まで法律実務で取り扱ったことがない事柄であり、精神保健や医療現場の事情とどう調和していくのが今後の課題である。

なお、任意後見契約も初めての制度であり、その趣旨が実際にうまく実現されていくのか、そのために何が必要であるかについてこれから議論しなければならない問題や課題は多い。とりあえず、任意後見契約は公正証書によって作成されるから、公証人などの役目も大事であるし、後見契約締結の公正証書の作成においての公証人の職務

手続き、公正証書の書式、登記の範囲等に関する手続上の法令制度の整備が優先的に解決すべき課題である。

注

(1) 民法改正委員会は、二〇〇九年第一期、二〇一〇年第二期、二〇一一年第三期まで毎年一部のメンバーを

入れ替えながら、現在も民法の財産法全領域にわたる民法改正作業を進行している。その作業の成果は、韓国民事法学会の学術大会などで報告されその内容は個別的に学会の機関紙である『民事法学』に掲載されている。民法改正委員会の年次構成と作業分担などには、<http://minhub.or.kr/> 参照。

(2) この委員会(委員長は河京孝)は、比較法的な研究背景を異にする五人の研究者と実務家一人で構成されていた。

(3) このように他の改正作業より成年後見に関する民法改正が一番早く立法の表現に至った理由として本格的な改正作業以前から各国の成年後見制度に関する比較法的かつ立法論的研究が既に多数存在したこと、新しい成年後見制度については社会的コンセンサスが形成されていたことなどがあげられる。成年後見に関する改正案の次に国会に提出された法人と消滅時効に関する

改正案が今も法制司法委員会で議論中であり本議会を通過する見通しはまだ立っていないことと対照的である。

(4) しかし、その内容はまったく同じではないことに注意を要する。特に日本の準禁治産者に当たる限定治産者の(財産的法律行為に関する)行為能力は、改正前の日本民法の準禁治産者とは異なり、未成年者の行為能力と等しい(韓国民法旧第一〇条)。たとえば、限定治産者は原則的に単独で法律行為をなすことができないので、日本の準禁治産者のような保佐人ではなく法定代理人として後見人が付けられるし、後見人の同意を要する法律行為の目録などはそもそも存在しない。なお、未成年者の場合と同様、例外的に利益だけを得る行為や営業許可などがある場合には単独で法律行為をなすことができる。しかし、家族法上法律行為については(学説上の論難はあるが)原則的に行為能力の制限がないので未成年者の場合と異なる。

(5) その利用ケースは、二〇〇一年受付件数三三三三件から徐々に上昇し二〇一〇年受付件数一、〇二四件にま

で上り、その半数ぐらいが認容されたが、その制度が必要であろうと予想される人数から考えると、極めて少ない数字であることは言うまでもない。(法院行政処『司法年鑑』、二〇〇〇年から二〇一〇年の各号の関連統計参照)。

- (6) 韓国の従来の成年後見制度の問題点に対する指摘としては、まず、申榮鎬「高齢社会における後見制度」『家族法研究』第一号(一九九七年)、三六六頁、白承欽「現行成年者保護のための制度の問題点と代案としての成年後見制度」『民事法学』第二四号(二〇〇三年)、四〇七頁などがあげられる。

- (7) その頃、成年後見制度の導入を目指した先駆的研究としては、たとえば、白承欽「成年後見の立法方向」『民事法学』第一八号(二〇〇〇年)、李銀榮「成年後見制度に関する立法提案」『韓日法学』第二〇輯(二〇〇一年)、洪春義「後見制度改革の課題」『家族法研究』第一六卷二号(二〇〇二年)などが挙げられる。その後、ドイツやフランス、アメリカ、及び日本の成年後見制度の紹介する多数の研究が報告されたが、枚挙に暇がない。現在までの韓国の成年後見に関する文献目録の一覧は、丘尙燁『改正民法上成年後見制度についての研究』(ソウル大学博士論文、二〇一二年二月公表)の参考文献が網羅的である。

- (8) 諸哲雄「成年後見制度の改正方向」『民事法学』第

四二号(二〇〇八年)、特に一一六頁以下参照。その研究は、英国の Mental Capacity Act (2005)、二〇〇七年フランス改正民法を参考にした研究であり、以後立法作業にも影響を及ぼした。そのほかにも今回の立法に直接かつ間接的に影響を及ぼしたであろう研究としては、大法院内部の研究グループによる「成年後見制度研究」(司法研究支援財団、二〇〇七年)のほか、法務部の依頼による研究報告として、諸哲雄のほか『法務部研究報告…行為無能力制度の再検討―成年後見導入を中心に―』(二〇〇七年)、明淳龜『法務部研究報告…フランスの成年後見制度』(二〇〇九年)、白承欽『法務部研究報告…外国の成年後見制度の実態―獨逸と日本を中心に―』(二〇〇九年)、李銀榮『法務部研究報告…成年後見制とUN障害人権利協約との関係』(二〇〇九年)、李在敬のほか『法務部研究報告…日本の成年後見制度についての研究』(二〇〇九年)、崔倬京『法務部研究報告…獨逸の成年後見制度に関する研究』(二〇〇九年)などがある。なお、二〇〇九年には、法務部の依頼による成年後見制度の導入についての国民意識調査が行われた。法務部『成年後見制度の導入についての国民意識調査報告書』(韓国ギヤラップ、二〇〇九年)。

- (9) 金炯錫「民法改正案による成年後見法制」『家族法研究』第二四卷二号(二〇一〇年)一一一頁、特に一

一五頁。この論文は著者の改正案に対する公聴会での報告を基にしたものであり、改正基礎者の考えが反映されているので、改正民法の立法趣旨を知るために重要な文獻である。

- (10) 第九条(成年後見開始の審判) ①家庭法院は、疾病、障害、老齡、その他の事由による精神的な制約のため、事務を処理する能力が持続的に欠如した人に対して、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、限定後見人、限定後見監督人、特定後見人、特定後見監督人、検事または地方自治団体の長の請求により成年後見開始の審判をすることができ、②家庭法院は成年後見開始の審判をする時には本人の意思を考慮しなければならない。

- (11) これは民法制定当時の議論を参考にしたことである。金炯錫・前掲(注9)一一五頁。民議院法制司法委員會 民法案審議小委員會『民法案審議録(上)』(一九五七年)一一頁。

- (12) 当初は、関連行政法令にその規定を加えることにしたが、国会の関連委員会での審議で民法の中に規定することになった。

- (13) それを手続法上保障するために成年後見関係法令整備委員会での家事訴訟法改正案(草案)においては第四五条の四で家庭法院が成年後見、限定後見、特定後見の開始及び終了の審判をするときには事件本人を対

面し直接に審問しなければならない、但し、意識不明その他の事由で事件本人が自分の意思を表明することができないことが明らかである場合はその限りでない、との規定の新設が提案された。

- (14) 日本では成年被後見人と呼んでいるが、韓国では造語方法において成年後見をひとつの単語として認識し、被成年後見人と呼ぶことにしたという。

- (15) 第一〇条(被成年後見人の行為の取消し) ①被成年後見人の法律行為は取り消すことができる。②第一項にもかかわらず家庭法院は取り消すことができない被成年後見人の行為の範囲を定めることができる。③家庭法院は、本人、配偶者、四親等内の親族、成年後見人、成年後見監督人、検事または地方自治団体の長の請求により第二項の範囲を変更することができる。④日用品の購入など日常生活に必要でありその対価が過度ではない法律行為は成年後見人が取り消すことができ、ない。

- (16) 金炯錫・前掲(注9)一一七頁。

- (17) 第九三八条(後見人の代理権など) ①後見人は被後見人の法定代理人になる。②家庭法院は成年後見人が第一項によりもつ法定代理権の範囲を定めることができる。③家庭法院は、成年後見人が被成年後見人の身上に関して決定できる権限の範囲を定めることができる。④第二項第三項による法定代理権の範囲が適切で

なくなつた場合は、家庭法院は、本人、配偶者、四親等内の親族、成年後見人、成年後見監督人検事または、地方自治団体の長の請求により、その範囲を変更することができる。

(18) 第一二条(限定後見開始の審判) ①家庭法院は、疾病、障害、老齢、その他の事由による精神的な制約のため、事務を処理する能力が不足な人に対して、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、成年後見人、成年後見監督人、特定後見人、特定後見監督人、検事または地方自治団体の長の請求により、限定後見開始の審判をすることができる。②限定後見開始の場合に第九条第二項を準用する。

(19) 第一三条(被限定後見人の行為の同意) ①家庭法院は、被限定後見人が限定後見人の同意を受けなければならぬ行為の範囲を定めることができる。②家庭法院は、本人、配偶者、四親等内の親族、限定後見人、限定後見監督人、検事または地方自治団体の長の請求によって第一項による限定後見人の同意を受けなければならぬ行為の範囲を変更することができる。③限定後見人の同意を必要とする行為について、限定後見人が被限定後見人の利益が侵害される恐れがあるにもかかわらずその同意をしない時は、家庭法院は被限定後見人の請求により、限定後見人の同意に代わる許可をすることができる。④限定後見人の同意が必要な法

律行為を、被限定後見人が限定後見人の同意なしに行つた時には、これを取り消すことができる。但し、日用品の購入など日常生活に必要でありかつその対価の過度でない法律行為に対してはその限りでない。

(20) たとえば、岡孝「韓国の成年後見制度改正案を読む」『高齢社会における法的諸問題』(小林一俊博士古稀記念論集)(酒井書店、二〇一〇年)二九八頁は、韓国の新しい成年後見法案を二元的弾力化に向けた過度的な法整備として評価している。しかし、韓国では二元的保護と類型的保護は実務運営においては相互收斂する傾向があり本人に最も適切な措置が取れるかという面では本質的な差はなく両者の差異をあまり強調する必要はないという見解もある。

(21) 第一四条の二(特定後見の審判) ①家庭法院は、疾病、障害、老齢、その他の事由による精神的な制約のため、一時的または特定の事務に関する援が必要なる人に対して、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、検事または地方自治団体の長の請求により特定後見の審判をすることができる。②特定後見は本人の意思に反してはできない。③特定後見の審判をする時は特定後見の期間または事務の範囲を定めなければならない。

(22) 金炯錫・前掲(注9)一一〇頁。

(23) 第一四条の三(審判の間の関係) ①家庭法院が被限

定後見人または被特定後見人に対して成年後見開始の審判をする時は、以前の限定後見または特定後見の終了の審判をする。②家庭法院は被成年後見人または被特定後見人に対して限定後見開始の審判をする時には従前の成年後見または特定後見の終了の審判をする。

(24)

第九三〇条（後見人の数と資格）①未成年後見人は一人にする。②成年後見人は被成年後見人の身上及び財産に関するすべての事情を考慮して数人を任命することができる。③法人も成年後見人になれる。第九三六条（成年後見人の選任）①第九二九条により家庭法院は職権で成年後見人を選任する。②家庭法院は、成年後見人の死亡、欠格、その他の事由によりいなくなった時にも、職権でまたは被成年後見人、親族、利害関係人、検事、地方自治団体の長の請求により成年後見人を選任する。③家庭法院は成年後見人が選任された場合にも、必要であると認める場合は、職権でまたは第二項の請求権者もしくは成年後見人の請求により追加で成年後見人を選任することができる。④家庭法院が成年後見人を選任する時は、被成年後見人の意思を尊重しなければならない。その他に被成年後見人の健康、生活関係、財産状況、成年後見人になる人の職業と経験、被成年後見人との利害関係の有無（法人が成年後見人になる時は事業の種類と内容、法人やその代表者と被成年後見人との利害関係の有無）などの事

情もともに考慮しなければならない。

(25)

第九四九条の二（成年後見人が数人の場合の権限の行使等）①家庭法院は職権で数人の成年後見人が共同であるいは事務を分掌してその権限を行使するように定めることができる。②家庭法院は職権で前項による決定を変更または解消することができる。③数人の成年後見人が共同で権限を行使しなければならない場合、いづれの成年後見人が被成年後見人の利益が侵害される恐れがあるにもかかわらず、法律行為の代理などの必要な権限行使に協力しない時は、家庭法院は、被成年後見人、成年後見人、後見監督人、利害関係人の請求により、その成年後見人の意思表示に代える裁判をすることができる。

(26)

未成年後見人において法人後見の排除の理由については、金炯錫・前掲（注9）一三〇頁以下参照。

(27)

第九五九条の四（限定後見人の代理権など）①家庭法院は限定後見人に代理権を与える審判をすることができる。②限定後見人の代理権などに関しては第九三八条第三項、第四項を準用する。

(28)

第九五九条の九（特定後見人の選任など）①家庭法院は第九五九条の八の処分により被特定後見人を後援または代理するための特定後見人を選任することができる。②特定後見人については第九三〇条第二項・第三項、第九三六条第二項から第四項まで、第九三七条、



第九三九条、第九四〇条を準用する。

(29)

第九四〇条の六(後見監督人の職務) ①後見監督人は後見人の事務を監督し、後見人がいない場合は直ちに家庭法院に後見人の選任を請求しなければならない。②後見監督人は被後見人の身上や財産に対して急迫な事情がある場合、その保護のために必要な行為または処分をすることができる。③後見人と被後見人との間に利害相反する行為については後見監督人が被後見人を代理する。

(30)

第九五〇条(後見監督人の同意を要する行為) ①後見人が被後見人を代理して次の各号のいずれに該当する行為をするときまたは未成年者の各号のいずれに該当する行為に同意する時には、後見監督人がいる場合にはその同意を得なければならない。1. 営業に関する行為、2. 金銭を借りる行為、3. 義務に関する行為、4. 不動産または重要な財産に関する権利の得失変更を目的とする行為、5. 訴訟行為、6. 相続の承認、限定承認または放棄及び相続財産の分割に関する協議 ②後見監督人の同意を要する行為に対して後見監督人が被後見人の利益が侵害される恐れがあるにもかかわらず、その同意をしない時は、家庭法院は後見人の請求により後見監督人の同意に代える許可をすることができる。③後見監督人の同意が必要な法律行為を後見人が後見監督人の同意なしに行った時は、

被成年後見人または後見監督人がこれを取り消すことができる。

(31)

それについては、朴仁煥「成年後見制導入のための民法改正案の検討」『家族法研究』第二四卷一号(二〇一〇年)三一頁、特に五〇頁参照。

(32)

韓国民法第九四七条第一項「禁治産者の後見人は禁治産者の療養、監護に日常の注意を怠ってはならない。」第二項「後見人が禁治産者を私宅に監禁するか精神病院そのほかの場所に監禁、治療するには法院の許可が得なければならない。ただし、緊急を要する状態であるときは事後の許可を請求することができる。」これは改正前の日本民法第八五八条を継受したものであり、その内容もほぼ同じである。この規定の趣旨については日本民法学の説明によると、この規定はせいぜい後見人が財産を管理するのに被後見人の療養治療のためにも配慮すべきとの一種の注意義務を規定したものであり、後見人に本格的な被後見人の身上監護についての権限や義務を課する規定ではないという。(道垣内弘人『身上監護』、『本人の意思の尊重』について)『ジュリスト』一一四二号(一九九八年)三三三頁など)この解釈は韓国民法第九四七条にも大体当てはまると思われる。

(33)

詳しくは、朴仁煥「新しい成年後見制における身上保護——身上に関する決定の代行とその限界——」

『家族法研究』第二五卷第二号（二〇一一年）一六二頁以下。

(34) たとえば、延命治療中断が争点となった金ハルモ二事件に関する判決（大法院二〇〇九・五・二一宣告

二〇〇九・一七四一七 全員部判決）の別個意見など。

(35) 第九四七条の二（被成年後見人の身上決定など）①被成年後見人は自分の身上に関してはその状態が許す限り単独に決定する。②成年後見人が被成年後見人を治療などの目的に精神病院、その他の場所に隔離するためには家庭法院の許可を受けなければならない。③被成年後見人の身体を侵害する医療行為に対して被成年後見人が同意することができない場合には、成年後見人が代わりとして同意することができる。④第三項の場合、被成年後見人が医療行為の直接的な結果によって死亡、或いは相当な障害を負う危険がある時は家庭法院の許可を受けなければならない。しかし、許可手続きのため医療行為が遅滞され、被成年後見人の生命の危険または心身上の重大な障害をもたらす場合には事後に許可を請求することができる。⑤成年後見人が被成年後見人を代理し、被成年後見人が居住に使用している建物またはその敷地に対して、売り渡し、賃貸、賃貸権設定、抵当権設定、賃貸借の解止、賃貸権の消滅、その他これに準ずる行為をする時は家庭法院の許可を受けなければならない。

(36) 第九五九条の一四（後見契約の意義と締結方法など）

①後見契約は、疾病、障害、老齢、その他の事由による精神的な制約のため事務を処理する能力が不足な状況においてまたは不足になる状況に備えて、自分の財産管理及び身上保護に関する事務の全部または一部を他人に委託し、その委託事務に関する代理権授与を内容とする。②後見契約は公定証書で締結しなければならない。③後見契約は家庭法院が任意後見監督人を選任した時から効力が発生する。④家庭法院、任意後見人、任意後見監督人などは後見契約の履行・運営において本人の意思を最大限尊重しなければならない。

(37) しかし、改正民法の後見契約に関する規定によらない、後見事務処理を内容とする一般的な委任契約を締結することで改正民法の規制（任意的公正証書的方式、任意後見監督人の選任による発動など）を回避する可能性も依然存している。したがって、立法論としては、本人が意思能力を喪失すれば代理権も原則的に消滅することにし、抜け道を防ぐべきだとの意見も予想される。

(38) 小林昭彦 大門匡編『新成年後見制度の解説』（金融財政事情研究会、二〇〇〇年）二三〇頁。しかしこれについては日本においても異なる意見もある。たとえば、岡孝「日本任意後見法の概要と問題点」『翰林法学 FORUM』第一一巻（二〇一〇年）七三頁。

(39) 金炯錫・前掲(注9)一五四頁。

(40) 金炯錫・前掲(注9)一五二頁。

(41) フランス民法においては未成年者の場合は父母、成年者の場合は物質的かつ情緒的扶養 (la charge material et affective) 担っていた父母は、彼らが自ら後見や補佐を受けていない限り、子女のために将来保護のための委任契約を締結することができる(フランス民法第四七七条第三項参照)。

(42) 韓国民法第九三一条第一項。

(43) 諸哲雄、「要保護成人の人権尊重の観点から見た新しい成人後見制度」その特徴、問題点及び改善方案」『民事法学』第五六号、一九五頁以下参照。

(44) 第九五九条の二〇(後見契約と成年後見・限定後見・特定後見との関係)①後見契約が登記されている時は、家庭法院は本人の利益のために特別に必要な場合に限り任意後見人または任意後見監督人の請求により、成年後見、限定後見または特定後見の審判をすることができ、本人が成年後見または限定後見の開始の審判を受けた時は後見契約は終了される。②本人が被成年後見人、被限定後見人または被特定後見人である場合、家庭法院は任意後見監督人を選任するにおいて従前の成年後見、限定後見または特定後見の終了審判をしなければならぬ。しかし、成年後見または限定後見措置の継続が本人の利益のために特別に必要であると認

(45) めれば、家庭法院は任意後見監督人を選任しない。  
諸哲雄、前掲(注43)、三一八頁参照。

Key words: Adult Guardianship, Limited Adult Guardianship, Specified Adult Guardianship, Contract for Guardianship, Substitute of Decision Making Regarding Personal Affairs

成年後見, 限定後見, 特定後見, 任意後見, 身上監護

한국의 새로운 성년후견제도는 요보호자의 인권옹호, 자가결정의 존중, 정상화 등의 이념하에 세계각국의 제도를 참고하여 가존 행위무능력자제도를 전면 개혁한 것이다. 먼저 종래의 금치산·한정치산제도의 같은 유형적 보호주의를 취하여 제도의 연속을 유지하면서도 각 유형의 유연성을 높여서 유형적 보호의 경직성을 완화하려고 하였다. 특히 한정후견은 후견개시 원인에 의한 단순한 단계적 보호유형의 하나가 아니라 독일의 성년후견제도와 같이 본인을 둘러싼 구체적인 사정을 고려하여 개별적으로 보호조치를 취해가는 제도이다. 이것은 형식적으로는 하나의 보호의 유형에 지나지 않지만 실질적으로는 일원주의적 보호제도가 들어와 있는 것으로 평가할 수 있다. 또한 이번 성년후견에 관한 입법은 현행 민법상 근거가 모호했던 신상보호에 관한 후견인의 사무와 권한에 대하여 근거를 마련하였다는 데에서도 의의를 찾을 수 있다. 그러나 신상보호에 관한 문제는 지금까지 법률실무에서 다루지 않았던 문제로서 정신보건이나 의료현장의 사정과 어떻게 조화시켜나가는가가 앞으로의 과제이다. 그리고 후견계약도 본인의 자기결정 존중에 부합하는 새로운 제도로서, 그 취지가 실제 잘 실현될 수 있을 것인지, 이를 위하여 무엇이 필요한지에 대해서 지금부터 논의를 해야 할 문제나 과제가 많다. 무엇보다도 후견계약에 대해서는 후견계약체결의 공정증서 작성에 있어서 공증인의 직무절차, 공정증서 서식, 등기의 범위 등 절차상 법령제도의 정비가 우선적으로 해결되어야 할 과제이다.