

○論説：中国成年監護（後見）制度についての 梁慧星第二草案を読む —東アジア成年後見制度比較の視点から—

岡 孝*

I はじめに¹

東アジアでも高齢化社会が到来している。日本では、65歳以上の高齢者の全人口に占める割合が7%に達した（高齢化社会）のが1970年、14%に達した（高齢社会）のが1994年である。そして、2005年以来その割合が20%（超高齢社会）を突破している²。総務省によれば、2012年9月15日現在の高齢者人口（推計）は3074万人で、全人口に占める割合は24.1%となった³。高齢化社会から高齢社会に移行するのに要した時間（倍化年数⁴）は24年である。

これに対して中国は、高齢化社会が2002年に到来し（2010年末現在で65

* 2000年より学習院大学法学部教授。民法担当。

- 1 2011年5月末に、「東アジア高齢社会の法的問題解決に向けた共同研究拠点の形成」（研究代表は学習院大学法学部教授草野芳郎氏と筆者）というテーマで、文部科学省から5カ年の予定で、研究助成金の交付が認められた。文科省は、我々が海外の共同研究の拠点を作り、5年経過後も一定期間共同研究の推進を期待している。これに基づいて、日中韓3カ国の共同研究を行っている。研究拠点としては、学習院大学のほか、中国では申政武教授を中心とする山東大学法学院、韓国では朴仁煥教授を中心とする仁荷大学校法学専門大学院である。さらに、近々台湾の研究者にも共同研究に参加してもらうことを予定している。2011年度、2012年度は主として成年後見制度の検討（筆者のプロジェクト）、および、成年後見ADR（草野教授のプロジェクト）の可能性の検討を行った。そして、2012年12月15日と16日に、学習院大学中央教育棟12階の国際会議場で、両プロジェクトのシンポジウム（「高齢社会における法的諸問題とその解決手段」）を行った。2013年度は、筆者のプロジェクトでは、引き続き成年後見制度を検討するほか、老人ホーム契約（約款）の問題点の検討も予定している。
- 2 以上の数字については、総務省『人口推計（平成23年10月1日現在）・結果の概要』5頁の「表5・年齢3区分別人口の推移（昭和5年～平成23年）」による。
<http://www.stat.go.jp/data/jinsui/2011np/pdf/gaiyou.pdf> 参照。ただし、高齢社会の到来年は後注4に基づく。
- 3 読売新聞2012年9月17日（インターネット版）による。
- 4 「高齢化社会」、「高齢社会」、「超高齢社会」の表現、（韓国、台湾、中国の）「倍化年数」の予測は、荻込俊二「東アジアにおける高齢化の進展と政策的対応の課題」みずほ総研論集2008年IV号10頁以下（ここではインターネット版）に依拠した。

歳以上の高齢者の割合は9.1%である⁵⁾、高齢社会は2026年と予想されている。倍化年数は日本と同様24年である。

参考までに韓国、台湾の状況をまとめておこう。韓国では、2010年(11月1日現在)に65歳以上の高齢者の割合は11.3%となっている。高齢化社会は2000年に到来し、高齢社会は2018年と予測され、倍化年数は18年である。台湾は1993年に高齢化社会となり、2007年には全人口に占める高齢者の割合が10.2%に達したという⁶⁾。高齢社会の到来は韓国と同じ2018年と予測され、倍化年数は25年である。

さて、加齢により判断能力が減退して自分で財産管理などを行うことができなくなったり、他人の手助けなしには生活することができなくなる高齢者が増えている。かつてはその者の家族が世話・財産管理を行ってきたが、家族のいない独居老人も増えてきて、社会の支援が必要になってきた。日本は、この社会的ニーズに対処するために、一方では成年後見制度、他方では介護保険制度を整備した。2000年4月の制度発足からすでに13年が経過しようとしている。

東アジアでは、台湾では2009年末に新成年監護(後見)制度が施行されている。韓国では2011年に新制度が公布され、2013年7月1日から施行予定である⁷⁾。いずれも、日本と同様に民法の中に新制度を取り込んでいる。

5 中国の数値は、総務省・前掲書(注2)6頁の「参考表1・各国の年齢3区分別人口の割合及び年齢構造指数」による。

6 韓国については前注5、台湾については林秀雄「台湾における成年後見制度の改正について」田山輝明編『成年後見制度と障害者権利条約』(三省堂、2012年)79頁参照。

7 台湾、韓国の新制度の翻訳は、原則として『戸籍六法』(平成25年版、テイハン)に依拠する。しかし、この六法では、台湾の制度を「補助」と訳しており、日本法と紛らわしい。そこで、本稿では錢偉棠氏(松山大学法学部教授)の翻訳の「補助」に従うことにした。錢氏の翻訳は「中華人民法監護関連規定改正新旧条文対照表」として岡=沖野眞巳=山下純司編『東アジア私法の諸相』(勁草書房、2009年。本書は以下では『東アジア私法の諸相』として引用する)41頁以下に掲載されている。また、韓国民法の翻訳についても、『戸籍六法』では例えば「被成年後見人」という翻訳語を使っているが、本稿では「成年被後見人」とする。そのほか多少この六法の訳とは異なる表現を使うことにする。なお、韓国新制度については、朴仁煥「韓国の新成年後見新制度の成立と課題」東洋文化研究14号(2012年)147頁以下、草案段階のものであるが、岡「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』(須永醇先生傘寿記念論文集、酒井書店、2010年)295頁以下、台湾の新制度については、林・前掲(注5)79頁以下、

中国では、1986年の民法通則で成年監護について若干の規定を置いたものの、その後の社会状況には適応しないと考えられ、新成年監護制度について2002年12月以来4つの草案⁸が公表されている。その中でも中国社会科学院法学研究所の梁慧星教授グループの第二草案⁹（2011年。以下では「梁慧星第二草案」または単に「草案」と略称する）は、内容的に見てもっとも充実していると思われる。本稿では、東アジア（日韓台湾）の成年後見制度を比較しながら、この梁慧星第二草案を検討する。その過程で日本法の問題点の解決にも示唆をえたいと思う¹⁰。

II 具体的内容

1 世話の定義

梁慧星第二草案は、世話と補助という2類型による保護を前提としている。典型的保護という点では、日本（成年後見、保佐、補助）、韓国（成年後見、

岡「台湾における成年後見制度の改正について」『東アジア私法の諸相』1頁以下、張清雲／錢偉榮訳「中華人民民法における成年監護制度についての検討」『東アジア私法の諸相』19頁以下参照。

8 4つの草案とは、全国人民代表大会常務委員会法制工作委员会『中華人民共和国民法（草案）』（2002年12月）、王利明主編『中国民法典学者建議稿及立法理由』（法律出版社、2005年5月）、梁慧星主編『中国民法典草案建議稿』（法律出版社、2003年3月。これを「梁慧星第1草案」と称する）、それに後注9のものを指す。なお、2002年の民法草案中成年後見の部分は、岡「中国民法典草案第一編総則を読む—成年後見制度についての若干の規定を中心として—」『財産法諸問題の考察』（小林一俊博士古稀記念論集、酒井書店、2004年）1頁以下で検討している。

9 梁慧星主編『中国民法典草案建議稿』（法律出版社、2011年）。ここでは松山大学法学部教授・錢偉榮氏の翻訳（未公表）による。

10 本稿は、2012年6月30日の学習院大学法科大学院法務研究所主催の第32回法実務研究会での筆者の報告原稿と岡孝「東アジア成年後見制度の将来像——日本の経験が示すもの——」『企業法・金融法の新潮流』（前田重行先生古稀記念論文集、商事法務、2013年）635頁以下を、梁慧星第二草案に即して圧縮して書き直したものである。

なお、筆者は中国法、韓国法についてはもっぱら翻訳に依拠している。できるだけ現地の研究者に確認するなどして正確性を期するように努力をしているが、条文などの理解について思わぬ誤解をしているかもしれない。しかし、現在まで、日本では東アジアについて個別テーマについての比較法的検討（筆者のこれまでのこの方法による考察としては、「瑕疵ある目的物に対する買主の救済」『取引法の変容と新たな展開』（川井健先生傘寿記念論文集、日本評論社、2007年）90頁以下、岡『東アジア私法の諸相』1頁以下などがある）はそれほど行われていないように思われる。このような不完全なものであっても多少の参考になれば幸いである。

限定後見、特定後見）、台湾（成年監護、補助）と同様である。

1830条〔世話の定義〕

「①世話は、法により、精神上の障害、知的障害又は身体上の障害によって自己の事務を処理することができない成年者の人身及び財産を保護する制度である。

②精神上の障害、知的障害又は身体上の障害によって自己の事務を処理することができないため世話を受ける成年者を被世話人とし、法により被世話人に対して世話の職責を負う者を世話人とする。」

世話制度が発動する前提としての実体的要件は、日本（本民法7条。以下では「日民」と略称する）、韓国（韓国民法9条。以下では「韓民」と略称する）、台湾（台湾民法14条）とほぼ同じである。ただ、この梁慧星第二草案は、他の国々と異なり、身体障害者も保護の対象としていることが注目される。日本で身体障害者を保護の対象外としたのは、身体障害者団体からの強い反対があったためである¹¹。草案の補助類型でも、身体障害者は保護の対象となっている（1853条。補助は後述8参照）。

2 保護の発動

日韓台湾とも、一定の範囲の者が保護の発動を裁判所に請求する構造になっている（後見類型についてみておくと、日民7条、韓民9条1項、台湾民法14条1項）。これに対して、梁慧星第二草案はこの点については必ずしも明確には規定していない。関連する条文をまとめて挙げておく。

11 須永醇＝岡「『成年後見制度の改正に関する要項試案』についての意見書」法学志林96巻2号(1999年)96頁〔須永執筆〕は、立法時に、「精神能力の点でとくに欠けるところがない場合でも、他人に代理されることを便宜とし必要とする場合が多々存するであろうからである（例えば、社会保障給付を受領して生活費の支払いに充てる場合など）」として、補助制度の対象とすべきだという見解であった。身体障害者団体からの反対については、『新版注釈民法(25)』（改訂版、有斐閣、2004年）516頁〔小川富之執筆〕参照。なお、ドイツでは身体障害者も法定後見（世話）の対象となっている（ドイツ民法1896条参照）。

1832条〔法定世話人〕

「被世話人の配偶者は、その法定世話人とする。ただし、感情のもつれにより別居し、又は世話人の就任に適さない別段の理由があると人民法院が認めるときは、この限りでない。」

1833条〔世話人の指定〕

「①被世話人に配偶者がいないかまたはその配偶者が世話人の就任に適さないときは、人民法院は、請求により、世話人を指定する。

②次に掲げる者は、請求することができる。

- 一 本人、配偶者、近親者。
- 二 世話委任契約の受任者、世話監督人。
- 三 村民委員会、住民委員会の責任者。

③前項各号に定める請求権者がいないときまたはその請求権者が請求しないときは、人民検察院が請求する。」

1836条〔公的機関の世話人就任〕

「適切な世話人候補者がいないときは、現地の民生部門または社会保障部門が世話人に任ずる。」

1832条は、配偶者が当然に世話人になるという立場をとっている。世話人ともなれば、法定代理人であるので(33条2項)、当該配偶者にしても人民法院に請求して、世話人に選任してもらう必要がある。この点の規定がないのである(補助では明示規定がある。1853条参照)。

1832条が配偶者を「法定世話人」としているのは、なにを意味しているのか。1833条では配偶者がいないときは、一定の者(1833条2項、3項)の請求により世話人を指定すると規定しているので、配偶者の場合には、(当の配偶者および他の者の)請求を待つまでもなく当然に世話人になるという趣旨か。それも1つの立法政策かもしれないが、中国では現行制度でも公示方法がはっきりしていないので、当該配偶者が代理人として行為をする場合、どのようにして代理権を証明できるのだろうか。それができなければ被世話人のための法律行為(代理)は事実上不可能となるのではないか。

「被世話人に配偶者がいないか又はその配偶者が世話人の就任に適しないときは」(1833条1項)、1833条2項に掲げられている者の請求によって世話が発動するとなっている。したがって、日韓台湾と同様に、梁慧星第二草案でも保護の発動には申立制をとっていると評価できよう。そうだとすれば、だれが世話人になるかということの規定の前に、だれが請求権者かを明示すべきではないだろうか。

請求権者についていくつかコメントしておきたい。まず、1833条2項1号では、配偶者が規定されている。配偶者が世話人に適しないと判断されたからこそ、人民法院は他の者を世話人に指定したいわけである。適任でない配偶者にもかかわらず、(他の)世話人を請求(同条2項1号)することが期待できるだろうか。意味のある規定かどうか疑問である。

つぎに、1833条3項は、住民委員会(自治団体だが、末端の行政機関の指揮監督を受け、その行政の一部を担っているようである¹²⁾)の責任者などが請求しない場合を想定していることは注目に値する。日本でも、地方によっては市区町村長申立制度を知らないとか、面倒であるなどの理由で、この申立制度を活用できない場合もあろう。この場合には、やはり民法の規定どおり、検察官の申立てを期待したい。ちなみに、日本では、2011年には全国で5件の検察官の申立てがあったという¹³⁾。

また、「近親者」も世話人の請求権者である(1833条2項1号)。梁慧星第二草案にはこれに関する規定はなさそうだが、現行民法通則意見¹⁴⁾12によれば、配偶者、父母、子、兄弟姉妹、祖父母、孫などを指す。草案がこのように申立権者を絞っていることは注目に値する。日本の場合は四親等内の親族も申立権者になっているが、日本の核家族化の現状では、兄弟姉妹の子相互間で申立権者になってもおかしくないほど相互に関心をもつとは考えられま

12 錢偉榮教授のご教示による。

13 成年後見関係事件の概況(平成23年1月～12月)

http://www.courts.go.jp/vcms_lf/koukengikyoku_h23.pdf の資料4による。なお、全申立件数とは、後見開始、保佐開始、補助開始、任意後見監督人選任の申立件数を指す。

14 『『民法通則』の全面的執行過程における若干の問題に関する意見(試行)』(最高人民法院審判委員會1988年1月26日施行)。翻訳は『中国經濟六法2005年版』(日本國際貿易促進協會、2005年)による。

い。せいぜい本来の扶養義務者（日民877条1項の「直系血族及び兄弟姉妹」）に申立権者を限定すべきだろう¹⁵。この点で草案に注目したいのである。

一方、台湾民法にも注目したい。四親等以外の遠い親族でも、「最近1年間に同居した事実」があれば、申立権者になれるという点である（台湾民法14条1項）。最近1年間に同居していれば、家族同様に本人の精神状態も把握可能であろう。同居している（あるいは最近1年間に同居した事実がある）ことが本人の精神状態を正確に把握しているのだという点を強調するならば、内縁の配偶者はその代表的な例であろう。日韓台湾ともにこの内縁の配偶者（さらには事実上の養子）などには申立権が認められていない。この点からの申立権者の拡張を立法論として検討すべきであろう。日本法では、当面、このような内縁の配偶者は市区町村長の申立てを促すことになろう。

日本法では、未成年後見人も申立権者になっている（日民7条、韓民9条1項など参照）。これはなぜか。未成年の段階から精神上の障害により事理弁識能力が欠けていて未成年後見人がついている場合、その未成年者が成年に達するとき、保護の空白がないように（事前に）成年後見人が選任される必要があるためである¹⁶。台湾では、未成年者でも成年監護（後見）の宣告を受けることができる（台湾民法1109条の2）。しかし、親権者のいない未成年者に監護人がある場合（台湾民法1094条）、その監護人自身が成年監護の申立てをすることができるという条文の構造にはなっていない。大多数の場合は未成年監護人が成年監護の申立をする権限を有しているだろうが、申立権限のない未成年監護人もありうるのではないか¹⁷。梁慧星第二草案には台湾のような規定はないが、最終的には公的機関（民政部門または社会保障部門）が未成年監護人になるので（1814条、183条参照）、この機関が成年監護人選任の請求もすることになるのだろう。

15 須永＝岡・前掲（注11）95頁〔須永執筆〕。

16 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、2000年）48頁。

17 「未成年の子の最良の利益になるならば」裁判所は「その三親等傍系血族尊属、主管機関、社会福祉団体その他の適当な者を監護人に選定」できる（台湾民法1094条3項）。この場合の「その他の適当な者」が監護人になったときには成年監護の申立てはできないことになると思われる。

請求権者としては、さらに、日本法では、公益代表者として検察官が規定されている（韓民9条、12条、台湾民法14条1項、15条の1第1項¹⁸、梁慧星第二草案1833条3項も同旨）。日本では、検察官にこの分野における公益代表者としての役割を期待できないと考えられてきた。しかし、成年後見制度を構築する際、他の規定（例えば、不在者の財産管理人の選任に関する日民25条など）とバランスを欠くとして、検察官を申立権者から除外することが見送られた。その代わりに、老人福祉法32条などの特別法¹⁹が市区町村長に申立権を与えた。この市区町村長申立制度は少しずつ活用されている。2011年における市区町村長の申立は、全体の11.7%程度である（全申立件数31402件のうちの3680件）²⁰。なお、検察官の役割は、前述のように今後も期待すべきであろう。

3 世話人

1835条 [世話人の資格制限]

「次に掲げる者は、世話人になることができない。

- 1 制限民事行為能力者。
- 2 解任された監護人、世話人。
- 3 被世話人に対して訴訟をした者並びにその配偶者及び直系親族。
- 4 被世話人との間にその他の利害の対立がある者。
- 5 行方の知れない者。
- 6 支払能力のない者。
- 7 世話人になる意思のない者。」

1836条 [公的機関の世話人兼任]

18 台湾民法では、そのほか、主管機関、社会福祉団体も申立権者になっている（台湾民法14条1項、15条の1第1項）。

19 そのほか、精神保健及び精神障害者福祉法51条の11の2、知的障害者福祉法27条3参照。

20 成年後見関係事件の概況（平成23年1月～12月）。

http://www.courts.go.jp/vcms_lf/koukengikyoku_h23.pdfの資料4による。なお、全申立件数とは、後見開始、保佐開始、補助開始、任意後見監督人選任の申立件数を指す。ちなみに、2002年には市区町村長申立は全体の1.9%であった（2002年の統計については後注22参照）。

「適切な世話人候補者がいないときは、現地の民政部门又は社会保障部門が世話人に任ずる。」

日本法では、欠格事由（847条参照。韓民937条、台湾民法1096条）に該当しなければ、誰でも後見人になれる。草案は、韓国、台湾と同じく制限民行為能力者（韓国では成年被後見人・限定被後見人）は後見人になれないと明文で規定しているが（韓民937条2号、台湾民法1096条2号）、日本法はそうはなっていない。「家庭裁判所の選任・監督という個別的な能力審査の手続により、その職務に相応しい判断能力が制度的に担保されている」ことがその理由だが²¹、日本も他の国のように明示した方が誤解を避けられるのではないか。

日本法では、家庭裁判所は、成年後見開始の審判をする際には職権で成年後見人を選任する（843条1項。保佐人、補助人についても同じ。876条の2第1項、876条の7第1項。韓民936条1項、959条の3第1項、台湾民法1111条1項も同じ）。その際の選任基準も具体的に規定されている（843条4項、韓民936条4項）。台湾も選任基準は日本法とほぼ同じだが、「監護宣告を受けた者とその配偶者、子又はその他の共同生活者との間の感情の状態」（台湾民法1111条の1第2号）にも注意をすることと規定されているのが、注目される。

梁慧星第二草案では、人民法院が（1833条2項、3項に規定された者や機関の）請求により世話人を「指定する」という表現からは、日韓台湾と同様に職権で世話人を選任するのであろう。しかし、世話人選任の基準は明示していない。

さて、草案では、原則として配偶者が法定世話人になるとしている（1832条）。日本の旧法では配偶者がいれば当然に後見人になるとされていたが（旧840条）、これは新法では削除された。成年被後見人が高齢者の場合には、その配偶者も高齢者の可能性が多く、本人保護のための適切な措置をとるこ

21 小林昭彦=原司『平成11年民法一部改正法等の解説』（法曹会、2002年）234頁。

とが困難なこともあろう。また、財産管理などは、専門知識を有していないために適切な管理が期待できないことも考えられる。このような理由から配偶者後見人制が廃止されたのである。梁慧星第二草案は、不適任の場合には配偶者以外の世話人を選任できるとしている（1832条1項ただし書、1833条）。

ちなみに、日本の2011年の統計では²²、配偶者、成年の子など親族が成年後見人（保佐人、補助人も含む）に選任されたのは、全体（31402件）の55.6%（配偶者は1634件、親が1197件、子供が8462件）、第三者の選任は44.4%であった（弁護士が3278件、司法書士が4872件、社会福祉士が2740件など）。親族後見人は2000年には全体の約91%、2004年でも全体の80%であったが（2007年までは4月～翌年3月までの統計であった。2008年からは1月～12月の統計となっている）、年々その割合は下がっている。

ところで、日韓（一定の範囲から後見人を選任するという構造になっていない）とは異なり、台湾では、法院は「配偶者、四親等内の親族、最近一年間に同居した事実のあるその他の親族、主管機関、社会福祉団体又はその他の適当な者」から後見人を選任する（台湾民法1111条1項）。梁慧星第二草案は、誰が世話人になるのかについて明確な規定は置いていない。公的な世話人が最終的に選任されることははっきりしているが（1836条）、その前に法院はどうやって「適切な世話人候補者」（1836条）を探すのだろうか。近親者（1833条2項1号）、「村民委員会、住民委員会の責任者」（同項3号）などは、世話人の請求権者²³として規定されているが、同時に世話人候補者でもあるように思われる。その際、すでに前述したが、日韓台湾のように、成年後見人の選任に際して家庭裁判所が考慮しなければならない事柄を民法で明示することが望ましいのではないか。

ちなみに、日本の法人後見（日民843条4項。韓民936条4項、台湾民法

22 前注13参照。なお、2011年以外の統計については、<http://www.courts.go.jp/about/siryo/kouken.html>を参照。

23 このほか1833条2項2号では、世話委任契約の受任者、世話監督人も世話人の請求権者となっている。

1111条1項²⁴も同旨)について一言しておく、具体的には司法書士会のリーガルサポート、各地の社会福祉協議会、社会福祉士の「ばあとなあ」などが法人後見人となっている。法人後見のポイントは、親族間に紛争がある事件のように個人では対処することが困難な事件にも対応できること、(知的障害者が利用する場合などのように)長期間の支援を要する事件に対応できること、本人が身寄りも財産もない場合に後見人になりやすいことが挙げられている。その反面、自然人の後見人と違って本人との信頼関係を構築しづらいとか、組織による活動が可能ではあるが、意思決定に時間がかかり機動性に乏しいことなどの問題点も指摘されている²⁵。

日韓ともに国家後見(公的後見)は考慮されていないが、適切な保護者が得られない場合に、ドイツのように(ドイツ民法1900条4項)、国家(または地方公共団体)自体を保護機関とすることも検討に値しよう²⁶。この点を正面から規定しているのが草案1836条であり、注目される。また、台湾民法1111条1項も、主管機関(公的機関)が成年監護人になることができるとしている²⁷。

なお、市民後見人について²⁸一言しておきたい。現在日本では、要保護者に多額の財産がなく、本人の財産をめぐって親族間に争いもないという場合に、とくに身上監護を念頭に置いて、一部の自治体は、(専門職ではなく、一般市民のボランティアとしての)市民後見人(社会貢献型後見人ともいう)

24 台湾民法1111条1項で社会福祉団体を規定しているが、法人後見一般を正面から認めているわけではない。

25 これについては、成年後見制度研究会『成年後見制度の現状の分析と課題の検討』(民事法務研究会、2010年。http://www.minji-houmu.jp/download/seinen_kenkyuhoukoku.pdfで見ることができる)11頁参照。

26 須永「成年無能力制度の再検討」法と精神医療5号(1991年)61頁以下、須永=岡・前掲(注15)103頁[須永執筆]参照。かつては、フランス民法495条、433条でも国家後見(さらには国家保佐)が認められていたが、2007年にこれは廃止されたという。須永醇『民法論集』(酒井書店、2010年)285頁付記参照

27 2008年の台湾民法親族編の改正の際(成年監護制度の導入もその一環)、監護に公権力を関与させたことが一番大きな特徴だ、と指摘されている。陳棋炎ほか『民法親属新論』(周堤10版、三民書局、2011年)503頁参照(ここでは錢偉榮氏のご教示による)。

28 これについては「特集・市民後見人の養成・支援」成年後見42号(2012年)、成年後見制度研究会・前掲(注25)12頁以下など参照。

を養成して、家庭裁判所に推薦している²⁹。そして、すでに後見人に選任されているケースが徐々に登場している。大阪市成年後見支援センターでは市民後見人が単独で選任され、後見監督人はつけていないということであるが（その代わりに、同支援センターが全面的に市民後見人をサポートしているという³⁰）、東京（例えば世田谷区）では市民後見人候補者には原則として社会福祉協議会が後見監督人候補者としてセットで家庭裁判所に申立てをし（区長申立）、それが認められている。

インターネットを見る限り、NPO法人などもこの市民後見人の養成事業に乗り出しているようであるが、どうやって家庭裁判所がこのような市民後見人候補者を認識できるのか。仮にこの点を突破できても、これらの養成機関は市民後見人に対して大阪や東京の事例のように手厚いサポート体制をとれるのかといった点が気になるところである。市民後見人に期待されるのが身上監護の側面だとすると、単に養成講座を受講して修了すれば市民後見人候補者になれるというわけではなかろう。そもそも当該候補者が具体的な要保護者の身上監護にふさわしい人物かどうかを見きわめる必要があろう。市民後見人候補者を養成している団体の話を聞くと、慎重に行動し、希望者をかなり絞って養成しているようである。この点がおろそかになると、近い将来、市民後見人の養成機関・養成内容等も国家の過剰なコントロールを受けることになろう³¹。

筆者自身は、この市民後見人の構想に疑問を感じている。市民後見人のニーズのあるケースにおいては第三者後見人としての責任は社会福祉協議会などの（後見人に選任された）法人が負うべきであり、その指導・助言のもとに

29 なお後注31参照。

30 大阪市成年後見支援センター監修『市民後見人の理念と実際』（中央法規、2012年）107頁。

31 なお、2012年4月から施行されている老人福祉法32条の2（後見等に係る体制の整備等）は、市町村に市民後見人の育成・活用を図るために必要な措置を講ずることを求めている。厚労省のHP（「市民後見関連情報」：http://www.mhlw.go.jp/seisakunitsuite/bunya/hukushi_kaigo/kaigo_koureisha/shiminkouken/index.html）によれば、研修の実施のほか、家裁への推薦や後見人支援措置（その中には後見監督人になることもあるだろう）が考えられている。

市民（ネーミングはともかく、法律上の後見人と位置づけるべきではない）が履行補助者（「後見支援員」などの名称が考えられよう）として活動すべきではないかと思う³²。しかし、関係者からはこう言われている。すなわち、数年前からすでに市民後見人の養成が始まり、養成講座修了後に現実に家庭裁判所で後見人に選任されて活動しているケースが登場してしまった以上、今さら市民後見人を法律上の後見人から撤退させることは（意欲のある市民の）インセンティブを失わせることになってしまい不可能である、と。関東地区では、すでに市民後見人にも報酬が認められている例もあるという³³（有償化）。ここまで事態が進展してしまった以上は、上述のようにいずれ国家が規制に乗り出してくるのではないか。

4 被世話人の行為能力の制限

1831条 [被世話人の行為能力]

「被世話人が法律行為をするには、世話人の同意を得なければならず、又は世話人がこれを代理する。ただし、日用品の購入又は日常生活に関する行為については、この限りでない。」

被世話人の行為能力は制限される³⁴。被世話人は「自己の事務を処理できないため世話を受ける成年」者であるにもかかわらず、日本法と異なり、世話人の同意を得て自ら行為することが認められており、注目される。これは、被輔助人の場合（草案1854条）と同様の規律である（被輔助人の場合は、意思能力が不十分な場合が念頭に置かれているが）。

韓国のように、日常生活に必要な法律行為以外に成年後見人が取り消すこ

32 加藤雅信「成年後見制度の充実と、不祥事防止」現代民事判例研究会編『民事判例V—2012年前期』（日本評論社、2012年）102頁注9も同旨であろう。

33 しかも、専門職後見人と代わらない金額の報酬請求も認められたケースもあるという。宮下修一「現場にみる成年後見制度の問題点——ヒアリング調査から」『民事判例V—2012年前期』（前注32）122頁参照。

34 2006年に採択され、2008年に発効した国連障害者人権条約（とくに12条）の観点からは、この能力制限は検討し直す必要があるだろう。さしあたり、「特集・障害者権利条約と成年後見」成年後見41号（2012年）参照。

とができない行為を家庭法院が定めることができる（韓民10条2項）という立法のあり方もある（しかも、取消しができない範囲につき、本人、配偶者等の請求により家庭法院が変更できることになっている。同条3項）。しかし、いちいち家庭法院の関与を要求するのでは、不便でもあり、機動性に欠けるかもしれない。要保護者の判断能力は時々刻々と変化するであろうから、判断能力があり、法律行為を単独で行うことができる時と法律行為の内容につき、家庭法院が即座に対応できないことが考えられる。世話人の判断で適時に同意して本人に行為させることができるというこの草案の立場は、注目されよう。しかし、第三者世話人の場合には（同居していないし、四六時中被世話人を観察できるわけではないために）、自己の同意のもとに被世話人に行為させてもよいという判断を適時に行うことができるかどうかは、疑問である。その意味で、この1831条は、もっぱら親族それも同居の親族後見人を想定しているように思われる。

草案のただし書は、日本法と同趣旨である。ただ、「日用品の購入又は日常生活に関する行為」という表現については、再考の余地があるのではない。韓国では、日常生活に「必要で」あること、さらに「その代価が過度でない」ことという絞りをかけている（韓民10条4項）。例えば、液晶TV受信機を購入すること自体は日用品の購入といえようが、不必要に大型であったり、最新式の録画装置が装着されているものであったりした場合には（高額である場合が多いであろう）、韓国法のように「代価が過度」であることを理由に、被世話人が単独で購入した場合には世話人が取り消すことができるとすべきではないだろうか。民法改正研究会の改正試案³⁵もこの点を考慮して、「日用必需品の購入その他日常生活上必要な法律行為」（試案12条2項）というように絞りをかけている。

35 民法改正研究会編『民法改正国民・法曹・学界有志案』法律時報増刊（日本評論社、2009年）114頁以下参照。この民法改正研究会については、岡孝「近時の民法（債権法）改正事業の問題点」小林一俊＝岡孝＝高須順一編『債権法の近未来像』（下森定先生傘寿記念論文集、酒井書店、2010年）260頁以下参照。

5 世話人の権限³⁶

1839条 [世話人の職責]

「①世話人は、被世話人の最大利益に適合する方法により、被世話人の事務を処理し、できる限り被世話人の疾患や障害を治療・改善し、その疾患や障害の悪化の防止に努めなければならない。

②世話人は、被世話人の生活、疾患の治療、療養看護及び財産の管理に関する事務を処理するときに、被世話人の利益に反しない限り、被世話人の意思を尊重しなければならない。」

1841条 [財産管理権]

「①世話人は、細心の注意をもって被世話人の財産を管理し、被世話人を代理して財産に関する行為を行わなければならない。

②世話人は、被世話人の居住用建物及びその敷地について、譲渡、賃貸又は抵当権の設定ををするときは、事前に人民法院の許可を得なければならない。」

1839条は、日本の規定と類似している（日民858条）。

1841条1項は、財産管理に関して世話人の代理権を定めている。この点は、日本法と同じである（859条1項）。日本民法は、「成年後見人は、成年被後見人の生活、療養看護及び財産の管理に関する事務を行うに当たっては、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」（858条。韓民947条、台湾民法1112条も同旨）と規定しながら、成年後見人は被後見人の「財産に関する法律行為について」のみ代理権を認めているにすぎない（859条1項）。そして、通説は、身上監護については成年後見人には代理権はないと解釈³⁷している。

36 以下に述べるもののほか、1842条 [強制措置の制限] があるが、これは省略する。

37 もっぱら医療行為に関する立案担当者の見解である。小林=原・前掲書（注21）268頁注12。これに対して、広中俊雄「成年後見制度の改革と民法の体系（下）」ジュリスト1185号（2000年）95頁以下は、具体例を挙げつつこのような理解を批判し、騒音の差止請求という具体例を挙げて身上監護についても成年後見人の法定代理権を認めようとする。

日本法上の当面の問題は、後見人の医療行為の同意(代諾)が許されるかどうかである³⁸。解釈論として、「医療行為への同意は一身専属上の意思」であって、家族でさえこの意思を代行できず、医師・医療機関の責任で(最終的には審査機関を設置して、そこでの判断で)解決すべき問題だとして、成年後見人への同意権付与を否定する見解もある³⁹。これに対して、少数意見としては、成年被後見人が意思能力を有しない場合に限って、「第三者的立場の医師と成年後見制度の趣旨を理解した法律的素養のある者それぞれ一名程度」を後見監督人として家裁が職権で選任した上で、これらの者に監督させつつ能力制限撤廃後の本人の自己決定を制約するような措置」を除いた重大な医療行為について成年後見人が同意することを認めるべきだ、という主張もある⁴⁰。医療行為の最終決定権は患者にあり、なによりも「不合理な医療や医療事故を防止する側面から、医師からの説明をチェックする機会」が必要であり、「本人と同程度の同意権ではないにしろ、そのチェック機能を果たす範囲内の(限定的な——引用者注)同意権等を後見人に付与」すべきではないかという意見⁴¹に基づき、解釈論としてこの少数説を支持したい。

この点に関して、韓国法は注目すべきである。①「成年被後見人は、自己の身上について、その者の状態が許す範囲内において、単独で決定する」(韓民947条の2第1項)という原則を定める。②本人が自分で決定できない場合について、成年後見人の補充的権限を定める。すなわち、家庭法院が「成

38 現在の状況については、宮下・前掲(注32)120頁以下、「特集・医療行為と成年後見・再論」成年後見40号(2012年)など参照。

39 社団法人成年後見センター・リーガルサポート「成年後見制度改善に向けての提言」(2005年10月。以下では「提言」と略称する)。これは、http://www.legal-support.or.jp/act/index_pdf/index_pdf01.pdfで見ることができる。本文の見解は「同意権付与否定説」(「提言」26頁以下)に基づく。

40 須永「成年後見制度について」法と精神医療17号(2003年)32頁以下(この講演記録は須永『民法論集』(酒井書店、2010年)に収められている)。須永教授は、解釈論として、さらに保佐人、補助人の同意権も認めている。また、任意後見についても契約により同意権を定めることができ、本人の意思に基づいて任務範囲が決めるので、能力撤廃後の本人の自己決定権を制約しないようにといった要件は不要だが、「延命措置の中止行為のように確定的に生命の喪失を招く措置は」任意後見人の任務の中には入らないとし、そのためには相応の立法が必要だ、と主張している(前掲34頁以下)。

41 これは「提言」25頁以下の「限定的同意権等付与説」に基づく。

年後見人が成年被後見人の身上について決定できる権限の範囲を定めることができ」（韓民938条3項）、さらに、それが適切でなくなれば、本人、成年後見人等の請求により、その範囲を変更することもできる（韓民同条4項）。③身上に関する決定は、成年被後見人の福祉に大きな影響を及ぼすことが多いので、家庭法院の監督を強化している。医療行為について具体的にみると、こうなる。すなわち、「成年被後見人の身体を侵襲する医療行為について成年被後見人が同意をすることができないときは、成年後見人がその者に代わって同意をすることができる」（韓民947条の2第3項）。④この場合、「成年被後見人が医療行為の直接的な結果として死亡し、又は相当の障害を負うおそれがあるときは、家庭法院の許可を得なければならない。ただし、許可の手続によって医療行為が遅滞し、成年被後見人の生命に危険を招来し、又は心身上の重大な障害を招来するときは」家庭法院に事後許可を求めることができる（同条第4項）。この韓国法の規律は、立法論として参考に値しよう⁴²。

梁慧星第二草案はこれについて格別規定していない。台湾民法では、未成年後見の規定（台湾民法1097条1項）が成年後見にも準用されている（同1113条）ことを根拠に（父母は、未成年に対する手術の同意権があるという⁴³）、成年後見人も医療行為の同意権があるという⁴⁴。日本では、未成年後見人と異なり、成年後見人は、後見人の職務を遂行する際、「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」と規定されている⁴⁵（858条。未成年後見人に関する856条参照）。本人（成年被後見人）の意思の尊重こそ、成年後見制度全体を貫く原則（思想）

42 錢偉榮「成年後見人の医療同意権」高岡法学29号（2011年）67頁以下は、立法論としても家庭裁判所の許可を要求することに反対している。

43 日本法の解釈でも同様である。ただし、中学生・高校生などのように未成年者に同意能力がある場合には、未成年者と親権者の双方の同意が必要であるといわれている。二宮周平『家族法』（第3版、新世社、2009年）212頁以下参照。

44 林・前掲（注6）85頁。

45 台湾民法1112条は日本民法858条と同旨の規定である。これに対して、台湾民法1097条1項で「監護人は、被監護人の利益を保護、増進する範囲内において、未成年の子に対する父母の権利義務を行使、負担する」と規定しており（日本民法857条はこのようには規定していない）、成年監護と規定内容が若干異なっている。

の1つであり、未成年後見には見られない点である。このような差異を前提にすれば、未成年後見の規定の準用の中に医療行為の同意権まで準用されているのだと読み込む解釈論には疑問を感じる。

なお、1841条2項は、成年被後見人の居住用の建物およびその敷地の売却などの処分をする場合には人民法院の許可が必要であるとしており、日韓台湾と同旨の規定である（日民859条の3、韓民947条の2第5項、台湾民法1102条1項2号〔1113条で成年監護にも準用〕）。

6 世話人の監督機関

1837条〔世話監督人〕

〔①次に掲げる者又は機関は、世話監督人となる。

- 一 被世話人が世話委任契約の中で指定した世話監督人。
- 二 被世話人と血縁関係のもっとも近い者であって、監督能力を有する者。ただし、世話人に任ずる者は、この限りでない。
- 三 被世話人の住所地にある民政部門又は社会保障部門。

②民政部門又は社会保障部門が世話人であるときは、その直近の上級主管部門が世話監督人となる。

③世話人の資格制限、世話人の辞任、世話人の解任に関するこの節の規定は、世話監督人に準用する。ただし、公的機関が世話監督人であるときは、この限りでない。〕

日韓ともに、だれを後見監督人に選任すべきかの規定はない（欠格事由の規定があるだけである。852条、847条〔後見人の欠格事由の規定も準用〕、850条、韓民945条の5、940条の7、937条）。しかも、日韓ともに必置機関ではない。台湾民法では、監督機関は裁判所だけである。以上に対して、1837条はだれが世話監督人になるかを明示しており、規定のしかたから見て必置機関である。

7 その他の世話の規定

(1) 複数後見人制

日韓台湾ともに複数後見人制が導入されている（日民843条3項、韓民930条2項、36条3項、台湾民法1111条1項）。梁慧星第二草案も同様の規定を置いている。

1843条〔複数の世話人〕

「世話人が数人あるときは、各世話人は、その約定に従い、共同して監護の職責を遂行するか、又は各自監護の職責を遂行することができる。約定がないか又はその約定が明確でないときは、共同して監護の職責を遂行するものとみなす。」

これは、「約定」という表現から見て、もっぱら任意後見を念頭に置いた規定であろう。約定がない法定後見(世話)の場合は、権限の共同行使になり、日韓台湾のような事務の分掌は予定されていない。事務の分掌の場合、意見の衝突があったときどうするのか。日本法では明確な規定はなく、おそらくは、後見人が後見事務について必要な処分をするよう家庭裁判所の職権(863条2項)の発動を促すことによって処理しているのかもしれない。この点について、台湾では、被監護人の重大事項について監護人(後見人)間の意見の衝突があったときは、監護人は裁判所に対して「被監護人の最良の利益のため、その中の1人の監護人がこれを行わせることを斟酌、決定することを申し立てることができる」という規定が設けられている(台湾民法1097条2項。1113条で成年監護に準用)。「斟酌、決定」の意味がはっきりしないが、裁判所が適切な処理を1人の監護人に命じるという趣旨であろう。このように、裁判所に申立てをして裁判所が適切な処理を命じるというように、明確に定めておくのが望ましいであろう。

(2) 報酬請求権・費用償還請求権

1847条〔世話の費用〕

「世話人が世話事務を処理するために必要な費用については、被世話人の財産の中から支弁することができる。」

1848条 [世話人の報酬]

「①被世話人の財産の中から世話人に対し合理的な報酬を支払うことができる。ただし、世話人が法定扶養義務者又は公的機関である場合は、この限りでない。

②報酬支払いの基準については、世話監督人の同意を得なければならない。報酬の基準について争いがあるときは、世話人又は世話監督人は、人民法院に対し、それを定めることを請求することができる。」

この両条は、1855条で輔助人にも準用される。1848条1項は日本法に近く⁴⁶（韓民955条も同旨）、（自然人の世話人には）当然に報酬請求権を認めているわけではないと解されよう。このような理解に立つと、1848条2項は、報酬を付与するかどうかの第一次的な判断は世話監督人にある、と解することになる。ちなみに、台湾民法は、監護人は当然に報酬請求ができるとし、その額については「裁判所がその労力及び被監護人の資力に照らして斟酌し、これを決定する」という（台湾民法1104条、これは未成年監護人についての規定であり、1113条で成年監護人に準用されている）。

1848条の理解を前提にすれば、1847条も、世話人が当然に費用償還請求権を有するとは読めず、裁判所の裁量の余地があるように見える。この点、日韓台湾は、当然に費用償還請求権を認めている（日民861条2項、韓民955条の2、台湾民法1103条1項・1113条）。

(3) 世話の任期

1844条 [世話人の任期]

「①自然人が指定世話人であるときは、その任期は5年とする。

②世話人の任期が満了したときは、人民法院は、別に世話人を指定し、又

46 日本民法862条は、後見人に当然に報酬請求権を認めたわけではない。『新版注釈民法(25)』（前注11）438頁以下〔中川淳執筆〕参照。

は世話人の同意を得てその任期を伸長することができる。

③伸長後の期間は5年とする。』

法定後見が本人の能力制限を伴いつつ、必要の範囲を超えて長期間にわたって持続することは望ましくない。日韓ともに立法されなかったが、ドイツ⁴⁷のように7年などの年限を決めて法定後見を見直す（保護機関の適否などの再判定の機会が）必要であろう⁴⁸。この点で、この1844条1項は（自然人の）世話人の任期を5年としており（更新も可能。同条2項）、注目される。

(4) 世話人の辞任

1849条〔世話人の辞任〕

「①自然人が世話人である場合において、次に掲げるいずれかの事由があるときは、その職を辞することができる。

- 1 満65歳に達したとき。
- 2 疾病、身体障害により世話をすることができないとき。
- 3 住所又は居所が被世話人の居所から遠く離れているため世話するのに不便であるとき。
- 4 その他重大な事由があるとき。

②世話人が辞任したときは、人民法院は、新たに世話人を指定しなければならない。』

1項2号から4号までは、（3号は多少判断に迷うが）おそらく日本法の「正当な事由」（844条）に含まれるであろう。興味深いのは1項1号である。後見人といえども、一定の年齢に達すれば、自分自身の今後を考え、仕事をセーブし、身の回りを整理したいという気持ちになるだろう。このことは日本法の「正当事由」に含まれるという解釈も可能であろうが、この草案のように

47 2009年施行のドイツ家事非訟事件手続法（FamFG）294条3項、295条2項。

48 須永＝岡・前掲（注11）103頁〔須永執筆〕。ちなみに、須永教授は失踪宣告の規定（30条1項）を参考に7年を提案している。なお、オーストリア法については、少々古いですが、岡「ドイツ法圏」須永醇編『被保護成年者制度の研究』（勁草書房、1996年）284頁参照。

辞任事由として明示することによって、(裁判所が許可をするかどうか不透明であるよりは)自分のこれからの人生設計が立てられやすいのではないか。65歳が適切かどうかは日本と中国とで市民の意識に差異があるから、日本ではもう少し高齢に設定することも考えられるだろう。いずれにしても、この梁慧星第二草案のような立法は日本でも近い将来必要になるだろう。

(5) 解任

1850条 [世話人の解任]

「世話人が世話の職責を果たさず、又は被世話人の利益を侵害したときは、人民法院は、世話監督人、被世話人、その親族、人民検察院の請求により、世話人を解任し、新たに世話人を指定することができる。」

日本の規定に類似しているが(日民846条)、職権による解任はできないようになっている。台湾民法1106条の1(1113条で成年監護人に準用)は、監護人変更の申立てとなっているが、解任の規定である(職権の解任は認めていない)。ただ、台湾民法では、次の監護人が選任されるまでのつなぎとして、「その所在地の社会福祉主管機関」を監護人とすることができる、と民法中に規定している点が注目される(1106条の1第2項)。日本法では、辞任の場合、「新たに後見人を選任する必要が生じたときは」辞任する後見人が「遅滞なく新たな後見人の選任を家庭裁判所に請求」することになっている(日民845条)。解任の場合には、家庭裁判所が成年被後見人、その親族、その他の利害関係人の請求、又は職権で(後任の)成年後見人を選任することになっている(日民843条2項)。後見監督人が選任されていれば、急迫の事情がある場合には後見監督人が必要な処分をすることができるが(日民851条3号)、後見監督人は必置機関ではないので、つねに後見監督人がいるわけではない(あるいは、複数後見人が選任されていればこの問題に対処できるが、つねに複数選任されるというわけではない)。

日本では、特に解任のときに、旧後見人が解任されて新後見人が選任されるまでの間成年被後見人の保護の空白は生じないのであろうか(後見監督人

は職権でも選任できるので、解任の手續進行中に後見監督人を選任してこの問題を処理することも可能であろう）。実務では、おそらく成年後見人の職務代行者を選任して（家事事件手続法127条）、被後見人の保護に空白がないようにするのである。これは、単なる立法技術上の問題ではなく、保護の空白を生じさせないための措置という実質的な問題であり、手続法で処理するのではなく、台湾民法のような立法政策（実体法での規律）を採るべきではないかと思われる。

なお、韓国民法940条は後見人の変更を規定するだけで、それ以外の箇所では解任の規定は見あたらない。この韓国の規定について簡単にコメントしておく、まず、変更事由は「被後見人の福利のために後見人を変更する必要があると認められる場合」であって、日本法の解任事由とは表現が異なっている。つまり韓国法は日本法より変更事由の範囲が広い。つぎに、請求権者は日本法とほぼ同じだが、公益代表者として検事、地方自治体の長が規定されている。

(6) 世話の終了

1851条 [世話の終了]

「世話開始の原因が消滅したときは、本人、配偶者、近親者、世話人、世話監督人又は人民検察院の請求により、人民法院は、その世話の終了を決定しなければならない。」

1852条 [財産の清算]

「①世話人が解任され又は世話関係が終了したときは、被世話人の財産について清算をしなければならない。

②財産の清算は、世話監督人の立会いをもって行わなければならない。」

日韓台湾ともに、1851条のような規定はない。1852条の財産の整理は、日本法に類似している（日民870条、871条）。ただ、日本法は後見終了後すみやかに財産の清算を要求しているが（2ヶ月間。家裁がこの期間を伸長することはできる）、1852条はこの点明示していない。

8 補助について

1853条〔輔助人〕

「成年者が精神上の障害、知的障害又は身体上の障害により意思能力が不十分なため自己の事務の一部を処理することができないときは、人民法院は、本人及びその近親者の請求により、本人のために輔助人を1人付することができる。精神上の障害、知的障害又は身体上の障害により意思能力が不十分なため自己の事務の一部を処理することができない成年を被輔助人とする。」

1854条〔輔助人の同意を要する行為〕

「①被輔助人が次に掲げる行為をするには、その輔助人の同意を得なければならぬ。

- 一 預貯金の元本を領収し、又は利用すること。
- 二 使用貸借、賃貸借、抵当権設定、質権設定又は保証契約を締結すること。
- 三 不動産その他重要な財産に関する権利を譲り受け、又は譲渡すること。
- 四 訴えを提起し、又は仲裁を申し立てること。
- 五 贈与又は和解契約を締結すること。
- 六 相続又は受遺を放棄すること。
- 七 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。
- 八 建物の新築、改築、増築又は修繕を目的とする契約を締結すること。

②人民法院は、必要があると認めるときは、前項〔各号〕に掲げる行為以外の行為を追加することができる。

③被輔助人が輔助人の同意を得なければならぬ行為を行う場合において、輔助人が正当な理由なくその同意をしないときは、被輔助人は、人民法院に対し、輔助人の同意に代わる許可を与えることを請求することができる。

④輔助人の同意を得なければならぬ行為について、被輔助人が輔助人の同意又は人民法院の許可を得ないでしたときは、輔助人、被輔助人又は被

輔助人の相続人は、当該行為を取り消すことができる。」

1855条 [世話人に関する規定の準用]

「世話人の資格制限、世話人の辞任、世話人の解任、世話の期間、世話の費用、世話人の報酬、世話人の賠償責任及び世話の終了に関するこの節の規定は、輔助人について準用する。」

輔助人の要同意事項を法定し、さらにその事項を追加できるということも、日本の保佐（日民13条1項、2項）に近い。また、人民法院の代許可制も日本法（日民13条3項）と同じである。

輔助人の同意なしに、例えば重要な財産を被輔助人が売却してしまい、後に輔助人が取り消した場合、買主が任意に返還に応じない場合はどうするのか。梁慧星第二草案はこの点の問題意識がないようであり、解釈論として検討しなければなるまい。

日本法としては、保佐人への代理権付与の方法による処理が考えられるが、被保佐人の同意が要件となっている（日民876条の4第2項）。保佐人の説得にもかかわらず被保佐人が同意しなければ、この方法は使えない。この点、韓国法は本人（限定被後見人）の同意を要件としていない（韓民959条の4）。立法論としては、この韓国法の行き方が望ましいであろう。さしあたり、解釈論としては、日本法におけるのと同じく、この場合に限りて取消権に内在するものとして輔助人の不当利得返還請求権の代理行使を認めるべきではないだろうか（代理権の承認）⁴⁹。

1854条では輔助人は1人としている。複数輔助人を認めない理由は不明である。補助類型でも、身上監護と財産管理の両面で他人の支援が必要になることもあろう。身上監護は親族に、財産管理は第三者たる専門家という役割分担はありうるのではないか。

本条は、世話類型と異なり、補助という保護制度の発動として「本人及びその近親者の」請求を明示している。世話類型と同様に、公益代表者（最終

49 須永醇『新訂民法総則要論』（第2版、勁草書房、2005年）69頁。

的には人民検察院。1833条3項参照)も請求権者になりうることを規定すべきではないか(日民11条、15条、韓民13条1項参照)。

9 公示

中国では、現行民法通則でも梁慧星第二草案でも、公示についての規定はない。監護人や輔助人はどのようにして自己の権限を取引の相手方、行政庁などに説明・証明するのであろうか。台湾では戸籍で公示するようである(台湾民法1112条の2、1113条の1第2項)。日本では戸籍による公示には国民の抵抗が強いために、後見登記法を整備して、後見登記ファイルに記載することになった(後見登記法参照。韓国でも後見登記法を整備しつつあるようである⁵⁰)。

10 後見法の配置

ドイツ、日本、韓国、台湾では、行為能力の制限は民法総則で規定し、後見法の細かな規定は親続編で規定している。一方、フランス民法典では第1編「人」の中で、行為能力、後見が(488条以下)、婚姻、親子と並んで規定されている。スイス民法典では、第1編「人の法」(Personenrecht)で行為能力を、第2編「家族法」で後見が規定されている。

日本では、総則・物権・債権・親族・相続という5つの編別構成を再検討することは遠い将来の課題とすることはできても、今すぐには無理であろう⁵¹。中国では、夫婦・親子については婚姻法の中で定められている。成年後

50 朴仁煥氏(韓国仁荷大学校法学専門大学院副教授)からの2012年11月20日付メールによれば、後見登記法案と家事訴訟法改正案が国会に上程されたとのことである。

51 現在進行している債権法改正作業で、法律行為や消滅時効の規定のみなおしの中で民法総則を若干修正する可能性はありそうである。2011年6月・7月の法務省によるパブリックコメント募集に際して発表された商事法務編『民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理の補足説明』(商事法務、2011年)中の「第63 規定の配置」という項目で、今後の審議の論点となる旨説明されている(同書502頁以下)。2012年12月以降順次発表され、最新版が2013年2月5日の「民法(債権関係)の改正に関する中間試案のたたき台」(部会第65回に提出された部会資料57はこの(5)回目)をみる限りは、この体系の見直しには言及がない。

なお、一言しておきたいが、第2回目のパブリックコメントを求めるための「中間試案のたたき台」は、現在まで公表されている部分を見ると、2010年の中間論点整理と

見法の細かな規定をどこに置くかは検討しなければならないであろう。

中国の立法論中一番簡単な方法は、行為能力は民法総則に（日韓台湾・ドイツの行き方）、後見法の細目は婚姻法の未成年後見の末尾に規定するということだろう。後見の基本的な点は（辞任、解任、欠格事由など）、未成年後見と成年後見に共通性があるので、日本法でも、第4編親族第5章後見では、未成年後見と成年後見の双方が規定されている。

ところで、民法総則については、例えばドイツの法制史家ヴィーアッカーが指摘しているように、いろいろな分野の寄せ集めだという批判がなされている。法人は団体法の一部であるし、物の規定は物権法の総則におかれるべきではないのか⁵²、法律行為の大半は契約総論においておかしくないというのである。ただし、ヴィーアッカーは、他方で、権利濫用、信義則、さらには「自己の行為に反することの禁止」など「法の適用および権利の行使についてのもっとも一般的な諸原則を総括すること」は必要である、と述べてい

比較して、ずいぶん穏やかな内容になったように見受けられる。しかし、なお疑問が残る整理となっている。例えば、現行415条前段の「その債務の本旨に従った履行をしないとき」につき、中間試案たたき台は「その債務を履行しないとき」と書き換えることを提案しようとしている。「損害賠償の要件としての債務不履行の態様等を限定する趣旨に誤読されるおそれ」を避けるためだというのである（2012年12月4日開催の第64回部会の部会資料53の35頁）。不完全履行もこの条文が規律するが、「その債務を履行しないとき」という表現でこの点が明確になるだろうか。むしろ現行法の方がわかりやすいのではないか。

この中間試案たたき台について、もう1点指摘しておきたいことがある。いずれ第2回目のパブリックコメントが求められようが、この中間試案たたき台は、現行法以上に体系志向が強くなるのが懸念される。例えば、請負の瑕疵担保責任は現行法では簡潔に634条以下に規定されているが、瑕疵を理由とする解除は債務不履行の一場面だから請負の箇所に規定を置く必要はなく、現行635条を削除して債務不履行一般の規定にゆだねようとしている（第64回部会の部会資料53の22頁～23頁参照）。この程度の改正提案ならば、現行法の部分的手直しで十分であり、大がかりな体系的再整理の必要はない。現行債権法の体系をも理論的に再整理しようとするのは、当初のラディカルな改正提案のためであったと思われる。今や改正提案の内容が穏やかになったにもかかわらず体系的再整理のほうは依然として当初の発想通り維持しようとしているのは、その正当性やそうする理由が見いだせない。体系的再整理はパンデクテンシステム全体の再検討の中で改めて時間をかけて行うべきであろう。

52 明治民法の原案を審議した法典調査会民法主査会で、起草委員の一人富井政章はこのことを主張したが、同じく起草委員の梅謙次郎などの反論が相次ぎ、結局富井の考えは否定されてしまった。法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書13・法典調査会民法主査会議事速記録』（商事法務研究会、1988年）39頁以下参照。

ることに注意すべきである⁵³。

これから中国では民法総則を規定するのかどうかの検討がなされるだろう。そして、このような「民法総則」概念の有用性も検討対象となると予想される。その際には、自然人の規定をどうするか、具体的には成年後見法をどのような形でまとめて規定するかも検討されるだろう。フランス民法典のように行為能力と後見法をまとめて規定することも十分考えられるだろう⁵⁴。いずれにしても、21世紀の民法典にふさわしい構成を期待したい。

11 任意後見⁵⁵

1834条 [世話委任契約による世話人の指定]

「①成年者は、その意思能力を有する間に、本人の意思能力が低下し、自己の事務を処理することができないときに、自己の生活、療養看護及び財産管理事務の全部又は一部の処理を受任者に委託することを約し、その委託に係る事務について受任者に代理権を付与する世話委任契約を受任者と締結することができる。

②世話委任契約は、公証を経て成立する。

③世話委任契約成立後、委任者が精神上の障害、知的障害により意思能力が低下し、自己の事務を処理することができない状況にあるときは、人民法院は、本人、その配偶者、近親者及び受任者の請求により当該受任者を

53 Vgl. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen, 1952. ここでは、ヴィーアッカー／鈴木禄弥『近世私法史』(創文社、1961年)584頁注(7)以下による。

54 なお、広中・前掲(注36)101頁以下参照。ちなみに、梁慧星第二草案では、第1編総則・第2章自然人の中に民事行為能力(32条)を規定し、第6編親族・第76章監護と世話・第2節成年者の世話(1830条以下)で世話の各則を規定している。

55 なお、2012年の老人權益保護法の改正により(2013年7月1日施行予定)、同法に(第2章「家庭による扶養」の中に)26条が追加された。「①完全な民事行為能力を具備する高齢者は、近親者又はその他自己と密接な関係を有し、かつ、監護の職務を引き受ける意思のある個人、組織と協議して自己の監護人を定めることができる。監護人は、当該高齢者が民事行為能力の全部又は一部を喪失したときは、法により、その監護の責めに任ずる。／②高齢者があらかじめ監護人を定めていない場合において、民事行為能力の全部又は一部を喪失したときは、関係する法律に従い、監護人を定める。」錢偉棠氏のご教示による。

世話人に指定することができる。ただし、当該受任者が世話人の就任に適さないときは、この限りでない。

④受任者が世話人就任に適さないときは、人民法院は、別に世話人を指定しなければならない。

⑤世話委任契約は、人民法院が世話人を指定した時からその効力を生ずる。」

1834条によれば、公証を経て成立した（同条2項）世話委任契約は「意思能力が低下し、自己の事務を処理することができない状況に」なれば、本人、配偶者、近親者、受任者の請求により、人民法院が受任者を世話人に指定する（同条1項）。そして、人民法院が世話人を指定した時にこの世話委任契約が発効する（同条5項）。ここまでは日韓と類似している。しかし、当該「受任者が世話人の就任に適さないときは、人民法院は、別に世話人を指定しなければならない」（同条4項）というが、これは何を意味するのであろうか。世話委任契約を締結する段階で本人が複数の世話人と序列をつけて契約するというを想定しているのではなかろう。そうすると、人民法院は、本人が委任していないが（人民法院が）適任だと判断した世話人を選任することになるのではないか。それはとりもなおさず任意後見が法定後見に移行することを意味するように見える。しかし、1834条5項は世話委任契約の発効時を規定しており、同条4項を踏まえての規定である（したがって、4項を法定後見への移行と解することはできないだろう）。こう見てくると、この1834条3項ただし書と4項は何か規定に混乱があるように思われるのである。

日本法ではこういう規定もある。すなわち、「本人の利益のため特に必要があると認めるとき」は、家庭裁判所は後見開始の審判等を行うことができ、その場合は任意後見契約は終了する（任意後見契約法10条1項・3項）。梁慧星第二草案もこのような任意後見から法定後見への移行を定めたものだと解すべきだとすると、そのためには、「当該受任者が世話人の就任に適さないとき」（1834条3項）とは、世話契約の発効時のことだけでなく、受任者の活動が開始した後に適任でない判断されたときも含む、と解することがで

きなければならない。そうすると、梁慧星第二草案1834条は次のような部分的手直しをした方がいいのではないだろうか。

1834条「①成年者は、その意思能力を有する間に、本人の意思能力が低下し、自己の事務を処理することができないときに、自己の生活、療養看護及び財産管理事務の全部又は一部の処理を受任者に委託することを約し、その委託に係る事務について受任者に代理権を付与する世話委任契約を受任者と締結することができる。」

「②世話委任契約は、公証を経て成立する。」（1項、2項は原文通り。3項から5項までを手直しするのである。）

「③世話委任契約成立後、委任者が精神上の障害、知的障害により意思能力が低下し、自己の事務を処理することができない状況にあるときは、人民法院は、本人、その配偶者、近親者及び受任者の請求により、当該受任者を世話人に指定することができる。」（原案の「ただし、当該受任者が世話人の就任に適さないときは、この限りでない」を削除する。）

「④世話委任契約は、人民法院が世話人を指定した時からその効力を生ずる。」（草案5項を移行。）

「⑤受任者が世話人の就任に適さないときは、人民法院は、**前条**（1833条[世話人の指定]——引用者注）⁵⁶により別に世話人を指定しなければならない。」（草案4項を移し、ゴシック体の部分を付け加えた。）

もう1点、梁慧星第二草案には、日韓にない規定を置いているので、簡単に見ておこう。すでにみた世話監督人の規定の1837条1項1号では、「被世話人が世話委任契約の中で指定した世話監督人」が（当然に）世話監督人になる、と規定されている⁵⁷。適切な者を指定できればいいが、（家族なり受任候補者の）威圧によって世話委任契約が締結される場合には、世話監督人に

56 この条文は前述2で引用している。

57 1837条は世話監督人の選任ではなく、同条1項、2項に列挙された者・機関が当然に世話監督人になるとしていて、人民法院の選任なり指定については明言していない。

相応しくない者も指定される危険性がある。この観点から、この1837条1項1号の規定のしかたは疑問である。

Ⅲ まとめ

以上、簡単ながら、中国で最も充実した内容を有している梁慧星第二草案を概観してきた。世話人の任期を法定して（1844条）、要保護者にとって世話が本当に必要なのか、保護機関（世話人）は適切なのかなどについて見直しを行おうとしている点、自然人が世話人の場合、年齢（草案では65歳。1849条1項1号）を理由として辞任が認められる点など、日韓台湾にはない規定が設けられており、非常に注目される。

その半面、世話制度の発動について明確な規定が見られない。すでにみたように（Ⅱ2参照）、結論として日韓台湾のように申立制を採用しているようであり、そうだとすると、その点を明示すべきではないか。このような細かな点についてなお不明な点や疑問点がないわけではないが、総じて梁慧星第二草案は、日韓台湾と類似の規律を提案していると評価できよう。2013年度には、この草案の成年監護制度を担当した李霞教授（山東大学法学院）を学習院大学に招待して、講演をしていただく予定になっている。本稿で指摘した疑問の解明を期待している。

