

法定後見実務改善と 制度改正のための提言

平成20年7月

制度改正研究委員会
日本成年後見法学会

■法定後見実務改善と制度改正のための提言■

目 次

第 1	本提言の趣旨	2
第 2	改善・改正の提言と問題点の指摘	4
1	市町村長申立の活性化	4
2	成年後見制度利用の費用に関する公的補助	7
3	申立費用の原則本人負担	9
4	申立の任意的取下の制限	11
5	審判書の表示及び登記事項の改善	12
6	信書の送達、開封の権限	14
7	成年後見制度利用下における銀行取引の改善	15
8	成年後見人の医療同意権	16
9	精神保健福祉法等と後見人・保佐人の義務の調整	21
10	後見人の職務の明確化——身上配慮義務と身上監護に関する職務の 指針の明確化——	23
11	成年被後見人死亡後の成年後見人の権限	27
12	家庭裁判所の後見監督機能の充実	28
13	成年後見人等の養成・監督・支援機関の創設	30
14	成年被後見人等の資格制限の削減	33

第1 本提言の趣旨

2000（平成12）年4月から新しい成年後見制度が施行され、利用数は、旧制度（禁治産・準禁治産制度）のそれに比し、飛躍的に増大した。改正法施行直後1年で、後見開始申立件数は7,451件と前年度の禁治産宣告申立件数2,963件の2.5倍に、保佐開始申立件数は884件で対前年比約1.3倍に増加した。2006（平成18）年4月から2007（同19）年3月までの成年後見関係事件申立件数は32,629件、2000（同12）年4月から2007（同19）年3月まで過去7年間の成年後見関係事件申立総数は123,321件となっている（最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況」の各年度発表から）。

2000（平成12）年4月、介護保険法が施行されたことにより、高齢者福祉サービスの利用が契約原理に移行され、判断能力が減退した高齢者や障害者は、成年後見制度の利用によりその契約締結能力を補うことが必要となった。介護保険法施行とあわせて改正成年後見制度が施行されたのは、それゆえでもあった。2006（平成18）年4月、障害者自立支援法が施行され、障害者の福祉サービスも契約により利用するものとなったことは、その必要性をさらに広げることになった。

また、高齢者等に対する権利侵害、財産侵害が一向に減らず、むしろ増加の一途にあることを受け、2005（平成17）年6月、介護保険法が改正されて、高齢者等に対する虐待の防止及び早期発見等の権利擁護事業が市町村の必須事業とされるようになった（介護保険法115条の38第1項4号）。厚生労働省はこの事業の内容として、成年後見制度を円滑に利用できるよう制度に関する情報提供を行い、成年後見制度に関わる団体等の紹介を行うことなどをあげている。さらに2006（平成18）年4月1日から施行されている高齢者虐待防止法（正称は、「高齢者虐待の防止、高齢者の養護者に対する支援等に関する法律」）9条2項では、虐待の通報等があった場合、市町村長は、養護者による虐待の防止及び高齢者の保護を図るため、適切に老人福祉法32条の規定による審判の請求（市町村長による成年後見等開始の申立）をするものとし、27条2項では、財産上の不当取引被害を受け、または受けるおそれのある高齢者について、適切に、老人福祉法32条の規定により審判の請求をするものとするを定めた。加えて同法28条では、国及び地方公共団体は、成年後見制度の周知のための措置、成年後見制度の利用に係る経済的負担の軽減のための措置等を講ずることにより、成年後見制度が広く利用されるようにしなければならない旨定めている。

他方、障害者に対する権利侵害やその生活の不安が深刻であることを背景として、障害者基本法も、国及び地方公共団体は、障害者に関する相談業務、成年後見制度その他の障害者の権利利益の保護等のための施策又は制度が適切に行われ又は広く利用されるようにしなければならないと定める（20条）。これを受けて、障害者自立支援法は、2条で、障害者の権利擁護を市町村の責務とし、都道府県も市町村と協力して障害者の権利擁護のため必要な援助を行うことと規定する。さらに、同法77条では市町村が実施すべき地域生活支援事業として、障害者等の権利の擁護のた

めに必要な援助を行うことをあげ、厚生労働省は、そこに成年後見制度の利用促進を位置づけている。

これらの社会的背景や諸規定の存在は、成年後見制度が、判断能力の減退した者の権利擁護の役割を果たすものであり、社会的見地から運用されるべき制度であるということを示している。当学会が、2004（平成16）年、2005（同17）年と2年にわたり「成年後見の社会化」を統一テーマとして学術大会を開催したのは、このことを強く認識し、社会に発信したいと考えたからでもあった（当学会誌「成年後見法研究」2号・3号参照）。

わが国においては、高齢者人口の増加に加えて核家族化傾向もはなはだしく、今後一人暮らしの高齢者はいっそう増大することが予想されている。また障害者自立支援法の施行は、障害を持つ人やその支援者に成年後見制度の必要性を強く認識させることになった。成年後見制度を必要とする人は、さらに増大していくことが予想される。

しかしながら、認知症高齢者数が160万人から170万人と推計されていることと対比しても、現在の利用件数はまだまだ少ない（ドイツ世話法の下では、2005年の利用件数は110万人に達している（ベルント・シュルテ「ドイツ世話法における最近の改正動向」成年後見研究5号74頁））。現実には、成年後見を必要としながら、その利用から疎外されている高齢者や障害者が数多く存在する。その原因としては、未だ制度周知が徹底されていないこともあるが、簡易化されたと言っても手続きが煩雑なことや、費用負担に耐えられなかったり、資格制限を嫌って利用しないということなどがあげられている。

他方、施行後7年の運用を経て、成年後見制度の運用や制度自体の問題点も明らかになってきた。家庭裁判所や成年後見制度の運営に携わる団体等の努力もあって、改善された点も多いが、運用上の工夫では限界があり、法改正が必要となっている課題も多々ある。これらの課題を放置することは、制度の利用障害を残し、ひいては判断能力不十分者の権利や利益の侵害を放置することにもつながるであろう。

日本成年後見法学会では、成年後見制度を国民がより利用しやすくし、また判断能力減退者の権利擁護の観点から、より実効性のある制度とするための課題を検討することを目的として、2004（平成16）年5月、成年後見制度改正研究委員会を設置し、同年7月を第1回として、改善・改正すべき点の研究を重ねてきた。

以下は、同委員会の研究結果に基づく、改善・改正の提言である。

第2 改善・改正の提言と問題点の指摘

1 市町村長申立の活性化

(提言)

全国の市町村が、成年後見等に関する市町村長申立を積極的に実施する体制を整備すべきである。

(提言理由)

(1) 市町村長申立の実情

冒頭で述べたように、成年後見制度は判断能力の不十分な人たちの権利擁護の機能を果たす。この点を端的に示すのが、成年後見制度における市町村長申立権の存在である。福祉を図るために特に必要がある場合には、市町村長は成年後見等開始の申立をすることが認められている（老人福祉法32条、知的障害者福祉法28条、精神保健及び精神障害者福祉に関する法律（精神保健福祉法）51条の11の2）。

しかしながら、新しい制度が施行されて7年が経過した2006（平成18）年度においても、市町村長申立が行われた件数はきわめて少ない。2006（平成18）年度における後見開始、保佐開始、補助開始申立件数は合計32,629件であるが、そのうち、市町村長の申立件数は1,033件（3.1%）でしかなかった（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18年4月から平成19年3月～」）。

本学会「市町村における権利擁護機能のあり方に関する研究会」が、2005（平成17）年4月に全国726自治体に対して行ったアンケート調査では、市町村長申立に関する要綱を有している自治体は332団体（55.6%）であった（同研究会平成17年度報告書）。市町村長申立件数は徐々に増加してはいるものの、平成18年度における全国の申立件数は1,033件で、全体の3.1%にとどまり（平成16年度は509件で全体の3.0%、同17年度は666件で全体の3.3%）、東京都199件、神奈川146件、大阪113件、千葉54件、京都43件、埼玉・兵庫各32件となっているが、一桁の県が23に上っている。積極的な自治体と消極的な自治体との間には大きな差がある。

(2) 市町村の体制整備の必要性

このように市町村長申立が活用されていない背景には、成年後見等開始の申立を必要とする事案の存在に気づいていなかったり、その存在を認識しても、過度に抑制的な対応をし、またこの手続きに関する知識が十分でないために活用できない等の実情がある。未だに市町村長申立の実施に関する要綱等の整備ができていない自治体も多い。

高齢者虐待防止法の制定や、介護保険法の改正、障害者自立支援法の制定等により、必要事案における市町村長の成年後見申立は義務となっていると解される。この数年たびたび報道でとり上げられたリフォーム詐欺等の実態をみても、権利擁護のために市町村長申立の必要な事案が多数存在することは明らかである。

しかし、独居高齢者、障害者等の状況を十分把握できていない自治体も多い。したがって、成年後見制度を利用して高齢者や障害者の権利擁護を図るための体制整備が必要となる。

そこで、この点について、以下の3点を指摘したい。

① 要綱等の整備

成年後見制度の実施に関する要綱等の法令の整備は、自治体が行うべき責任を明確にして、成年後見制度利用に関する市町村長申立を迅速に進めるために不可欠である。また、これにより、体系的に成年後見制度による市町村長申立や成年後見制度支援事業の実施をはかることができる。未だ市町村長申立の実施に関する要綱等の整備がなされていない市町村については、この要綱等の整備を行うことは急務であるといわなければならない。

② 地域包括支援センターや福祉関係者のネットワークの活用

2006（平成18）年4月に行われた介護保険制度の改正によって、高齢者が地域で安心して暮らすための支援機関として地域包括支援センターが位置づけられた。その業務は、介護予防支援事業、総合相談及び権利擁護事業等を行うことであるが、権利擁護事業として、①成年後見制度の活用促進、②老人福祉施設等への措置の支援、③高齢者虐待の対応、④困難事例への対応、⑤消費者被害の防止があげられている（厚生労働省老健局「地域包括支援センター業務マニュアル」）。地域包括支援センターには、専門職として、社会福祉士、保健師、主任介護支援専門員等が配置され、その業務を担うこととなっている。2007（平成19）年4月末現在で、全国3831カ所に設置された。ただし、人的体制に比し介護予防に関する業務が加重となっているためか、権利擁護に関する職務を十分果たすことができないという状況もある。人的体制を整備し、地域に密着した緻密な支援を実施することが求められている。

他方、障害者自立支援法77条1項により、障害者に対する地域生活支援事業が市町村の必須事業となり、その事業の具体的内容のひとつとして、権利擁護のために必要な援助があげられ、またこれらの事業を適切に運営するため、地域自立支援協議会が設置されることとなった。当然、障害者の権利擁護事業のなかにも成年後見制度の迅速な利用が位置づけられ

る。ただし、地域自立支援協議会の全国的な設置には、まだまだ期間がかかりそうである(全国社会福祉協議会「精神障害者、知的障害者等の地域生活移行における地域の受け皿づくりに関する調査研究事業報告書」(2008年3月)によると、基幹的社会福祉協議会369カ所が所属する自治体における地域自立支援協議会の設置状況は設置の割合が40.9%とのことである)。速やかな設置と、権利擁護機能を充実させることが求められる。

市町村が、高齢者や障害者の権利擁護の責務を果たすため、成年後見制度の市町村長申立権を積極的に活用するには、地域包括支援センターや福祉関係者の地域ネットワークと連携をとり、成年後見制度による権利擁護を必要とする者を早期に発見して、迅速に成年後見制度の利用に結びつける体制を整備することが必要である。

③ 専門職の配置と都道府県研修による質の向上

成年後見制度は、高齢者や障害者の権利擁護の手段であるが、一部には、担当職員等の知識が十分でないために、迅速に利用に結びつけられないという実情もある。したがって、市町村は、その手続きについて知識を有する職員の配置するとともに、職員に対する研修を行う必要がある。さらに都道府県は、新任研修・現任研修を組織し、その質の向上を図ることを責務としなければならない。

④ 受診勧奨の権限

高齢者の虐待が行われている事案においては、高齢者虐待防止法により、立入調査も可能となった(11条)。ただし、障害者に関しては、未だ法整備が遅れている。

しかし、その高齢者等の状況把握が十分できていない場合には、前段階として、認知症や精神的疾患などにより保護、援助を必要としているか否かを判断することが必要であるが、市町村の職員にはこれを把握する具体的な権限がない。

そこで、市町村の担当職員が、援助を必要としていると推測される高齢者や障害者の家族、親族に対し、医師の受診を勧めることができる権限があれば、容易に援助活動に着手することができる。単に受診を勧めるだけであれば、特別の権限が付与されていなくとも、権利擁護事業が市町村の事業となった趣旨からみて、当然に可能であるとも考えられるが、職務として明示されていれば、より積極的に行動することが可能となる。したがって、市町村長は、高齢者や障害者の保護を図るため、その養護者等に対し、医療機関での受診勧奨をすることができる旨を明示すべきである。

(3) 必要な者には積極的に申立を

市町村長申立は、「福祉を図るために特に必要と認めるとき」に認められるものであるが、これは、判断能力が減退した高齢者、障害者等を保護する親族が身近にいないか、いても申立を期待できない場合で、成年後見制度の利用を必要とする事情がある場合をいう。

成年後見制度を利用する必要性がある場合とは、虐待が行われている場合、消費者被害、財産

侵害等を受けるおそれがある場合、施設入所契約等の法律行為をする必要がある場合、その他財産の管理ができていない場合などをいう。この必要性は、保有する財産の多寡で決定されるものではない。未だに、一部にはそのような認識が払拭されていないようであるが、改められなければならない。

また親族の存在については、厚生労働省は、2親等内の親族の存否を調査し、この範囲の親族がいない場合、又はいてもその親族が成年後見申立をしない場合には市町村長申立を行うとしている。4親等まで調査を広げる必要はないとしたことは評価できる。

ただし、養護者が虐待をしているような事案では、2親等内の親族がいても成年後見申立に協力しないことは明らかである。このような場合には、当該親族に成年後見申立を行う意思があるか否か確認するまでもなく、市町村長申立の必要性があるというべきであろう。

市町村は、以上の要件をふまえ、申立が必要な事案を早期に発見し、迅速に申立を行うことが認められる。

2 成年後見制度利用の費用に関する公的補助

(提言)

成年後見制度利用支援事業を活用する等、低所得者に対する費用補助を積極的に行うべきである。

(提言理由)

(1) 公的な費用補助の必要性

判断能力が不十分な高齢者や障害者の権利擁護について、成年後見制度は大きな役割を果たすものであるにもかかわらず、その費用負担が困難なこと等から利用ができないという例が生じている。成年後見制度の利用においては、申立の費用として、申立書貼付印紙800円から2,400円(代理権、同意権等の付与申立が付加された場合)、予納郵券4,300円、後見登記のための登記印紙4,000円、鑑定費用5万～10万円等が必要となり、成年後見等開始後は、成年後見人等の報酬が必要となる。成年後見人等の報酬は、その職務の内容と保有財産の額などにより、家庭裁判所が決定するものである。これらの費用を負担することができないため、成年後見制度の利用を抑制するという例が生じているのである。

国は、介護保険制度や障害者自立支援法の施行により、福祉サービスの利用システムを措置か

ら契約に転換した。契約を締結するには、判断能力が必要である。そうである以上、判断能力が不十分な者に対しては、それを補う制度である成年後見制度を気軽に利用できるシステムをつくる必要がある。また、高齢者や障害者の権利擁護が市町村の責務となったことから、成年後見制度の利用を促進することが求められ、そのためには、その利用に関する費用を補助することが不可欠となる。

この点について、高齢者虐待防止法は、28条で、国及び地方公共団体は、高齢者虐待の防止及び高齢者虐待を受けた高齢者の保護並びに財産上の不当取引による高齢者の被害の防止及び救済を図るため、成年後見制度の利用に係る経済的負担の軽減のための措置等を講ずることにより、成年後見制度が広く利用されるようにしなければならないと定める。また障害者基本法も、20条で、国及び地方公共団体は、成年後見制度その他の障害者の権利利益の保護のための施策又は制度が広く利用されるようにしなければならないと定めている。

(2) 成年後見制度利用支援事業

2001（平成13）年4月から、まず高齢者について、成年後見制度利用の費用を援助すること等を目的とする成年後見制度利用支援事業が開始された。さらにこの制度は平成18年4月から介護保険制度の地域支援事業として位置づけられたため、この事業の予算については、国が40.5%、都道府県および市町村が各20.25%、65歳以上である1号被保険者が19%を負担するものとされている。

この事業の具体的内容は、以下のとおりである。

① 成年後見制度利用促進のための広報・普及活動の実施

- ア 地域包括支援センター、居宅介護支援事業者等を通じた、成年後見制度のわかりやすいパンフレットの作成・配布、高齢者やその家族に対する説明会の開催等
- イ 後見事務等を廉価で実施する団体等の紹介等

② 成年後見制度の利用に係る経費に対する助成

ア 対象者

介護保険サービスの利用にあたって、身寄りのない重度の認知症高齢者等であって、市町村が、老人福祉法32条の規定に基づき、民法7条（後見開始の審判）、11条（保佐開始の審判）、14条1項（補助開始の審判）等に規定する審判の請求を行うことが必要と認めるもののうち、後見人等の報酬等必要となる経費の一部について、助成を受けなければ成年後見制度の利用が困難と認められるもの

イ 助成対象経費

成年後見制度の申立てに要する経費（登記手数料、鑑定費用等）及び後見人等の報酬の一部。後見人等の報酬は、在宅の本人の場合で月額28,000円、施設入所の場合で18,000円とされている。

(3) 成年後見制度利用支援事業の現状

この制度の対象者は、2002（平成14）年度に知的障害者に拡大され、2006（平成18）年度からは精神障害者にも拡大されており、すべての判断能力不十分者を対象とする制度となった。さらに、当初、市町村長申立の事案に限定されていたが、現在は、その限定もなくなっている。

また、2006（平成18）年4月から介護保険制度の地域支援事業として位置づけられたため、この事業の予算については、国が40.5%、都道府県および市町村が各20.25%、65歳以上である1号被保険者が19%を負担するものとされている。

しかしながら、この利用状況は未だきわめて低い。

前掲・当学会「市町村における権利擁護機能のあり方に関する研究会」では、成年後見制度利用支援事業に関する調査も行ったが、これによると、2005（平成17）年度において、成年後見制度利用支援事業を実施していると回答した市町村は、回答団体の53.5%となっていたものの、平成16年度の本事業決算額をみると、1万円未満という市町村が過半数を占め、10万円以上は20%でしかなかった。すなわち、大半が研修や事務費等の支出にとどまっていたわけであり、後見人等の報酬まで援助している例はごくわずかにとどまっている。

これでは、費用補助制度は機能していないに等しい。費用補助の対象者がいないということはありません、むしろ本人の資産では費用負担ができない事案については、成年後見制度の利用を抑制させているのではないかと推測される。しかし、それは、法が規定する責務を果たしていないことを意味する。未だこの事業を導入していない市町村は早急に導入するとともに、既に導入している市町村は、この制度を利用して積極的に援助を実施することが求められる。そのためにも、市町村には、地方自治法2条4項に規定する基本構想（総合計画）にこの制度を明記することが求められると言えよう。

3 申立費用の原則本人負担

（提言）

成年後見の申立費用は、原則として本人負担とし、申立がもたらす申立人の利益のための特別の場合に申立人負担とすべきである。

この費用負担の決定は、開始審判と同時に職権で決定をするものとする。

(提言理由)

(1) 非訟事件手続法による申立人負担の原則

成年後見の申立に関する費用は、申立手続費用と手続費用以外の申立関係費用とに分けられ、申立手続費用は、家事審判法7条による非訟事件手続法26条の準用により、原則として申立人の負担とされる。したがって、原則として、申立をした親族等が負担することになっているのである。もっとも、非訟事件手続法28条により、申立が専ら本人保護のためであり、かつ本人保護の必要性の高いことが明らかな場合には、「特別の事情がある場合」として、家庭裁判所は申立人以外の「関係人」である本人に負担を命ずることができる。この規定は家庭裁判所の裁量を定めたものであるから、申立人としては家庭裁判所の職権発動を促す上申をし、命令が出された場合にはそれにしたがって本人に求償することになる。

しかし、一般人がこのような制度を理解して利用するのはそう容易ではない。また、申立費用の負担がどうなるのか不明では、申立をしにくいという実情もある。一人暮らしの高齢者に後見等の支援を行う必要がある場合、まず4親等内の親族が後見等の開始申立を行うこととなるが、申立の費用がどうなるかわからない状況で、縁の遠い親族（4親等の親族というとかなり縁は薄くなる）が進んで申立を行うことはなかなか考えにくい。

成年後見等の開始が本人の利益となることは明らかである。仮に遺産分割等の必要から、相続人たる親族が申し立てたという場合であったとしても、判断能力がない者にとっては、その遺産分割手続のために自己の法定代理人が選任されることが利益となることは明らかであり、さらに、その後の財産の管理や福祉サービスの利用などにおいて後見人等が必要なことも明らかである。したがって、成年後見の支援が本人の利益となることに疑問はなく、したがって本人負担とすることに何ら問題はないはずである。

したがって、訴訟における訴訟費用の負担のように、後見開始となった場合には原則として本人負担とし、後見開始時に費用負担について必ず判断をすべきである。このような取扱いは運用でも不可能ではないが、明確にするためには法整備を行うことが必要である。

(2) 事務管理法理の類推による運用

ところで、この申立費用については、事務管理法理の類推適用を認めている取扱いもある。

事務管理（民法697条）は、義務なくして他人の事務を行うことであるが、ここに義務なくしてとは、他人のために事務の管理をする法律上の義務ないし権限のないことをいう（我妻栄『民法講義債権各論下巻一』892頁（岩波書店）、谷口知平ほか編『新版注釈民法（18）』209頁（有斐閣））。成年後見の申立については民法等で申立権が認められている。したがって、成年後見の申立自体には事務管理の適用はないことになる。

そこで、公平の観点からの類推適用が問題となるわけである。

これについて、大阪地裁平成15年3月19日第18民事部判決（判例集未掲載）は、この申立人が申立を行うか否かは全く任意となっており、しかもこの申立においては、専ら本人の利益を目的とする場合が多いのであるから、このような場合には少なくとも事務管理の趣旨を類推して有益費用の求償を認めることもあり得るとしつつ、他方で、非訟事件手続法26条・28条は申立手続に要する費用についての求償の方法を定めているため、かかる規定により家事審判手続内で手続費用の負担をさせる裁判を得ることが可能であるときは、原則としてその手続内において費用の負担の裁判を求めるべきであるとして、手続費用については事務管理法理類推による求償を否定した。

しかしながら、公平の観点からみるならば、事務管理を類推しても良いと考えられる。「東京家裁後見センターにおける成年後見制度運用の状況と課題」（判例タイムズNo.1165。以下、「運用の状況と課題」という。）もこの類推を肯定する（63頁）。

運用としては相当と考えられるが、法改正により本人負担を原則とすべきであろう。

4 申立の任意的取下の制限

（提言）

成年後見等開始審判申立の取下には、家庭裁判所の許可を要することとするべきである。

（提言理由）

成年後見等の開始については申立主義を採用していることから、後見開始等の審判確定前であれば、いつでも申立の取下ができるとされている（東京高決平成16年3月30日判時1861号43頁）。

このため、申立人かあるいは申立人の推薦した者が後見人に選任される見込みがなくなったために申立を取下げ、あるいは成年後見開始審判とともに第三者の後見人が選任されたため、確定前に申立を取下げたという例がある。また、申立人が親族として事実上財産を管理しているが、一部に財産関係上不明な点などがあり、問題を指摘されたところ、取下げってしまったという例まである。

このような取下が、濫用的なもので、正義に反することは明らかである。手続きが進行して、裁判所により成年後見制度による保護が必要であると認められているときでも、申立人の一方的な都合で取下ができるというのでは、本人の保護に欠けること甚だしいといわなければならない。

もっとも、現行法の解釈としても、取下は認められないとする見解もある。安井光雄『注解家事審判法 [改訂]』132頁〔齊藤秀夫・菊池信男編〕（青林書院）、鈴木忠一「非訟事件に於ける手

続の終了と受継」42頁〔鈴木忠一・小林昭一監修『新・実務民事訴訟講座8』〕（日本評論社）などであるが、鈴木同書は、禁治産・準禁治産申立は、事件の公益性の故に裁判所が保安的・後見的に職権によって手続きを開始すべき場合に、事件の緊急性を明らかにさせ又は裁判の正確を期するために、当事者としての申立権を認めたものであるから、実質的には職権に属するものであり、したがって取下は許されないとする。

また、この点について、前掲「運用の状況と課題」67頁は、取下権の濫用と認定されるような特別な事情があるときは取下の効力を否定することができると解すべきであるとし、家庭裁判所は事案の内容や手続の進捗度合いに応じて申立の取下に手続終了の効果を認めない裁量権を有するとして取下の効力が否定された東京高裁平成15年6月6日第12民事部決定（判例集未掲載）を紹介している。

これらの見解は、成年後見制度の公益性を前提にするものであり、成年後見制度の果たしている役割を真正面からみるならば、正当な見解といえることができる。

他方、申立の取下が一切許されないとすることも硬直的にすぎる。

したがって、申立の取下には家庭裁判所の許可を要することとし、申立人による任意の取下は認めないとすることが必要である。

5 審判書の表示及び登記事項の改善

（提言）

- ① 審判書及び成年後見登記における成年後見人等の住所を事務所あるいは自宅のいずれの住所でも良いとすること。
弁護士、司法書士等、公的な所属団体に登録された事務所を有する者については、これを成年後見人等の住所とすることを認め、審判書および登記においても、これを住所として記載する。
- ② 通称の使用
婚姻前の氏を職務上の氏名として登録することが認められ、これに基づいて業務を行う者については、この通称での登記を認める。
- ③ 職名の明記
弁護士、司法書士、社会福祉士等、専門性を有するゆえに選任された場合には、職務名を審判書に表示し、登記記録に記録すること。
- ④ あわせて、家庭裁判所が事務所を住所とする印鑑証明書の発行を行うこと。

(提言理由)

(1) 事務所所在地を住所とすることについて

成年後見等開始審判書の多くは、後見人等について、その自宅の住所を記載し、また事務所の住所を記載する場合でも、自宅住所と併記する扱いとなっている。成年後見登記制度では、成年後見人の氏名及び住所を登記することとされ（後見登記等に関する法律4条1項3号）、他方、住所の定義については、民法22条で「生活の本拠」を住所とするとされているため、自宅の住所が登記されることとなっている。

しかしながら、弁護士、司法書士等の専門家が後見人等に選任される事案は、親族間に強い紛争があることも多く、そのような事案では、それら利害関係人が後見人等に対して敵対的な行動をとることもしばしばある。その場合に、審判書や登記事項証明書に後見人等の自宅住所が記載されているときは、自宅宛てに敵対的行為が行われるおそれがある。

また、官庁や金融機関等の被後見人等に対する連絡文書や公的文書などは、送達先変更の手続きをとらない限り成年後見人等の自宅住所に送付される。これは事務所を業務の場としている者にとって、事務処理上きわめて不便である。

したがって、公的な所属団体に登録された事務所を有する者については、これを成年後見人等の住所とし、審判書および登記においても、事務所を住所として記載することを認めるべきである。

(2) 通称の使用

成年後見人等の氏名は、戸籍上の氏名が記載されることが原則であるが、弁護士、司法書士等の専門家の場合、婚姻後も通称として婚姻前の氏を登録することが認められ、これを職務上の氏名として業務を行う者もある。その場合、審判書及び登記上も通称表示がなされていなければ、銀行取引その他の対外的な職務遂行に支障を来すこととなる。

したがって、後見事務上も通称を使用することを認める必要がある。

(3) 職名の明記

公的資格を持った専門職にある者が後見人等に就く場合、その職務内容についても、専門性を生かした後見事務を行うことが期待される。このような場合、当該後見人等の専門職名が審判書や登記事項に表示されることは、後見事務上、相手方の信頼を得るという点で効果的である。したがって、後見人等の候補者から申出があった場合には、「弁護士」「司法書士」「社会福祉士」などの肩書きを、任意的記載事項として登記することも認めるべきである。ちなみに、不動産登記においては、金融機関の「取扱店の表示」の登記も認められており、これが参考となる。

(4) 印鑑証明書の発行

銀行取引や不動産登記等においては、申請人の印鑑証明書が必要となるため、事務所を住所とすることが認められる場合、事務所を住所とする印鑑証明書が必要となる。したがって、家庭裁判所にその発行権限を付与すべきである。これは破産事件における破産管財人の印鑑証明書と同様の取り扱いを求めるものである。

6 信書の送達、開封の権限

(提言)

家庭裁判所が、必要に応じて、成年被後見人の信書等の送達場所を成年後見人の住所とし、また、成年後見人に信書等を開封する権限を付与することができるようにすべきである。

(提言理由)

成年後見人には、成年被後見人の信書の送達を受け、開封する権限がない。

しかしながら、成年被後見人の財産関係について、信書により通知等がされることはきわめて多く、これを確認する機会を失うことは重要な財産の所在を見失うことにもなりかねない。成年後見人は財産管理の権限と義務を有するのであるから、このような信書を確認する必要性はきわめて高い。また、成年被後見人は、信書で伝えられる文書の重要性を判断することができないため、破棄、紛失等により重要な信書を見失うおそれもある。さらに法的な送達文書について、成年被後見人には送達を受ける能力もない。成年後見制度が広く認知されるとともに、成年後見開始の届出にしたがい、公的文書を成年後見人に送付する例が多くなってきたが、それでも、国民健康保険証などは、成年後見開始の届出をしても、成年被後見人の住所に送達するとしている取扱いもあり、その他の公的文書でもそのような取扱いがある。

なお、ドイツ民法1896条は、4項で、被世話人の電信・電話及び郵便物の受領、開封、留置きに関しては、裁判所が明示的にこれを命じた場合に限り、世話人の職務範囲に含まれるとしており、参考になる。

7 成年後見制度利用下における銀行取引の改善

(提言)

金融機関は、成年後見人が就任した場合の預貯金取引に関し、以下のように改善すべきである。

① 後見等開始の届出と取引店について

後見等開始につき、口座開設支店に届出れば、当該金融機関の他の支店でも、取引可能とする。

② 口座名義について

後見人等が就任しても被後見人等の口座名義が変わることはなく、後見人等は、代理人として預貯金取引を行うにすぎないことを周知徹底する。

③ 後見人等が利用できるキャッシュカードを発行する。

④ 後見等開始の届出において、過去の取引について異議がないことを印刷した届出書を使用することは中止すること。

(提言理由)

(1) 金融機関取引に関する現状の運用

新しい成年後見制度が導入されて期間も経過し、成年後見人等が本人を代理して銀行取引をすることについて、一定程度認識されるようにはなった。全国銀行協会は、2005（平成17）年9月15日付で傘下の銀行に対し、成年後見登記が完了する前の段階で、成年後見開始等の届出を行う場合には、後見開始等審判書の抄本、すなわち後見等開始と後見人等選任のみが記載された決定書の添付で足りるとする取り扱いが適当であることを通知した。審判書には、本人のプライバシーに属する事情が詳細に記載されているからである。また後見等の開始届書も書式がほぼ同一のものとなりつつあり、従来の本人の銀行届出印の押印を求める例もなくなってきたようである。

しかし、成年後見制度に対する理解が十分でないためか、未だ金融機関の間で取り扱いが区々な点も多く、取引に無用の制約を付している例もある。

後見等開始の届出においては、後見登記事項証明書のほか後見開始審判書のコピーを添付書類としてを要求する金融機関があり、また、届出にあたり、それ以前の取引については、一切異議がないという不動文字を印刷した届用紙を使用している例も多い。

後見開始届については、口座開設支店でしか認めず、届出がなされた後は、届出をした支店でしか取引ができないとする取扱いが多い。

また、本人が従来使用していたキャッシュカードは使用できないものとなるが、新たに後見人が使用できるキャッシュカードを発行する金融機関も限られている。

さらに、届け出後は、口座名義を「成年後見人〇〇」等と変更してしまう取扱いもある。

(2) 改善の必要性

成年後見人が行う事務の中で最も多いのは、諸費用の支払いであり、したがって、そのための預貯金の払い戻しは頻繁に行う必要がある。この処理が円滑・簡便にできるか否かで後見事務の負担は大きく異なってくる。

まず、後見届出時においては、成年後見人等において、未だそれ以前の取引がいかなるものであったか把握できていない場合が多い。したがって、届出の段階でそれ以前の取引について異議があるか否かを判断するのは容易ではないのであるから、この段階で異議があるか否かの判断を求めることは不適當である。

添付書類として、登記事項証明書には必要事項がすべて記載されているのであるから、審判書の写しを要求する必要まではないはずである。

また、取引支店でしか届出を認めず、その後の取引も認めないとするのは、成年後見人等に対し、大きな負担を強いることになる。後見届出をした後であっても、オンラインシステムをとっている金融機関であれば後見人の権限は容易に確認することができるのであるから、このような制約はやめるべきである。

さらにキャッシュカードの発行についても、代理人カードと考えれば、発行することに問題はないであろう。

届出後の口座名義を成年後見人名義に変更する取扱いは、成年後見制度が法定代理人制度であることに照らすと、誤った取り扱いと言わざるを得ない。

8 成年後見人の医療同意権

(提言)

判断能力を喪失した者に関する第三者の医療同意に関する法について、以下の内容で整備すること。

- ① 一定の範囲の家族とともに成年後見人に対し、通常の医療行為における同意権を与え、その範囲を超える重大な医療行為については同意すべきか否かについて審議決定をする機関を設置するものとする。
- ② この機関は、通常の医療行為についても成年後見人が判断に迷う場合には審議をすることができることとする。

③ この審議機関の構成は、医師その他の医療従事者、法律家、医療倫理の専門家などからなるものとし、この審議機関の決定に対して不服がある場合には、裁判所に不服を申立てられるものとする。

(提言理由)

(1) 同意能力のない者に対する医療行為の法的問題点

医的侵襲をとまなう医療を受ける場合には、医療、診療契約を締結した後、さらに医的侵襲についての同意が必要となる。医師は、このような同意がない限り、身体を傷つける行為を行うことはできない。

この医的侵襲に対する同意は、一般に違法性阻却事由としての意味を持つとされてきた。同意なき限り刑法上の傷害罪となり、民法上は不法行為等を構成する。したがって、たとえ本人に判断能力がない場合でも、本人が医的侵襲行為について承諾をしない限り、原則として侵襲的医療行為を行うことはできない。

しかし、この場合でも、医療の現場では家族が同意すれば医的侵襲行為は行えるという運用がなされている。日本医師会生命倫理懇談会「説明と同意についての報告」(1990(平成2)年1月9日)は、説明を受けて同意するだけの判断能力のない場合は「患者に代わって同意するのに最も適当な最近親者、たとえば配偶者、父母、同居の子などに説明をして、本人に代わっての同意を求めることになる」としている。

また一定の範囲の親族が同意した場合には、違法性がないとする裁判例もある。特に、癌の告知の場合は、本人に対する告知が不適当な場合もあり、その場合には親族に対して告知、説明をすれば足りるとされており(その限りで本人の同意は不要とされている。)、その他、本人に説明することが不適当と考えられる疾患の場合には、親族に対し説明したことで説明義務違反はないとされている(東京地裁平成元年4月18日判時1347号62頁、千葉地裁平成12年6月30日判タ1034号176頁など)。これらの裁判例は、何故に親族に対して説明し、親族の同意を得れば侵襲行為の違法性がなくなるのかということについては説明していない。社会的相当性という判断があるものと推測されるが、これらの判決は、緊急時以外でも本人の同意のない医的侵襲行為が合法となり得ることを示している。

しかしながら、家族が同意すれば何故に違法性がなくなるのか、家族とはどのような親族をいうのかということについては十分な議論がなされているとは言い難い。むしろ、家族ということだけで本人に代わって医療の同意をすることができるということについては、疑問があると言わざるを得ない。

しかも、後に述べるように、成年後見人には医療の同意権はないとするのが通説であり、実務

の定説となっている。

(2) 成年後見人と医療同意権

成年後見人には本人のために医療契約を締結する権限が与えられ、医療の履行を監視する義務が存し、さらに精神保健福祉法では保護者とされ（同法20条）、医療保護入院の同意権（同法33条1項）、治療を受けさせる義務（同法22条）などが定められているが、一般には、医療の同意権はないとされている。改正前の民法858条には禁治産者の後見人の療養看護義務が規定され、改正後の858条も身上配慮義務のなかに療養看護の事務という文言を入れて、この職務のあることを示しているが、未成年後見における身上監護義務（民法820条）に相当する規定は成年後見には存在しない。

この点について、成年後見法制改正の際の法務省民事局参事官室は、同意権者、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ないとして、医的侵襲に関する決定権・同意権に関する規定の導入を見送った。当面は緊急避難等の一般原則に委ねるべきであり、成年後見人には同意権はないと説明している（法務省民事局参事官室「成年後見制度の改正に関する要綱試案補足説明」）。

(3) 医療現場での混乱

しかし、後見実務の現場では、後見人はしばしば医療の同意を求められるという事態にさらされている。現実には、予防注射、胃潰瘍、胃婁手術、経管栄養、足の切断、骨折の手術治療などで成年後見人が同意を求められた例が報告されている。多くは、成年後見人には医療の同意権がないと説明して了承させているが、被後見人に医療を受けさせる必要上、同意をしている例もある。また、医療側が、遠い親族を探し出して同意を求めたり、親しい友人や福祉関係者、介護職員の同意で手術を行ったという例もあるという（新井誠編『成年後見と医療行為』（日本評論社）所収の本間昭「認知症高齢者の医療同意をめぐる成年後見制度の課題」31頁、水野裕「認知症高齢者における医療選択と意思能力」40頁）。

他方、治験に関する厚生省令である「医薬品の臨床試験の実施に関する基準」（新GCP）（平成9年厚生省令第28号）では、代諾者は「親権を行う者、配偶者、後見人その他これに準ずる者」とし、「両者の生活の実質や精神的共同関係から見て、被験者の最善の利益を計りうる者を意味する」としている。さらに厚生労働省「臨床研究に関する倫理指針」（2003年（平成15）7月30日）も、代諾者からインフォームド・コンセントを受ける手続きとして、「被検者の配偶者、成人の子、父母、成人の兄弟姉妹若しくは孫、祖父母、同居の親族又はそれらの近親者に準ずると考えられる者から被験者の意思及び利益を代弁できると考えられる者を選定して良い」とする。このように同意能力のない者については代諾者から同意を受けることができるのは、医療研究に関する確定的な方針となっている。2004（平成16）年12月28日に改正が発表された「疫学研究に関す

る倫理指針」(文部科学省・厚生労働省告示第1号)、同日「遺伝子治療臨床研究に関する倫理指針」(文部科学省・厚生労働省告示第2号)、も、必要性等について一定の審査を受けた場合には、代諾者等(当該研究対象者の法定代理人等研究対象者の意思及び利益を代弁できると考えられる者)から文書による同意、インフォームドコンセントを受けることができるとし、同じく同日発表の「ヒトゲノム・遺伝子解析研究に関する倫理指針」(文部科学省・厚生労働省・経済産業省告示第1号)も、資料等の提供を受けるにつき、代諾者からインフォームド・コンセントを受けることができるとしている。これらは、法的に問題があることはさておいて、成年後見人の職務への期待のあらわれと見ることができる。

また、大阪弁護士会高齢者・障害者支援センター編『成年後見人の実務』(大阪弁護士協同組合)は、必要に応じて成年後見人が医療行為に同意することもあり得るとし(47頁)、千葉家庭裁判所「成年後見人のしおり」(2004(平成16)年1月発行)は、「親族がいない場合、親族からの協力が得られない場合、緊急を要する場合、病院が特に求める場合には、救命に必要な医療措置として手術や治療への同意を求められたならば、後見人がその権限に基づいて、同意したり、同意書を書くことは差し支えないと考えられます」としている。

これらはいずれも、同意能力がなく、かつ家族もいない者に対する医療行為をいかにして可能とするかを考えた場合、成年後見人がその職務を行う者として相応しいとしたものである。

しかし、他方で、この同意の問題を厳密に受け止めて、同意が受けられない以上やむを得ないとして積極的な医療行為を止めてしまうという事態も生じている(前掲・本間21頁、前掲・水野46頁)。

(4) 成年後見人の同意権を認める解釈

このため、一方で成年後見人に療養看護義務を課しながら、医療同意の権限がないのではこの義務を果たすことができないとの観点から、予防注射等軽微な医療行為については成年後見人に同意に関する代行決定権があると解釈する見解も発表されている(上山泰「患者の同意に関する法的問題点」〔新井誠・西山詮編『成年後見と意思能力』121頁以下(日本評論社)、同『成年後見と身上配慮』89頁以下(筒井書房)など)。

成年後見人に療養看護の職務があることから考えるならば、副作用の軽微な医療行為については、成年後見人に同意の代行を認めて良いであろう。医療同意権は一身専属権であるとの問題や軽微な医療とはどの範囲をいうのかについて明確な基準がないとの問題もあるが、未成年後見においては後見人の医療同意の代行が認められること、軽微な医療行為について典型的に区分けすることも不可能ではないことなどから積極的に解すべきである。

しかし、軽微なものではなく、重大な医療行為であるがゆえに同意が得られないために医療行為が行えないという事態が生じやすく、その点の対策こそが大きな課題となっていることも事実である(前掲・本間21頁によると、医的侵襲が軽い医療行為については医師の裁量で決める傾向

が強いという。)

(5) 判断能力喪失者に関する医療同意法の提言

医療を必要とする者が、同意する者がいないために医療を受けられないなどという事態は絶対に放置しえない。

また、一方で数々の判例上医療の同意の重要性が指摘されながら、誰から同意をとるべきかが不明確であり、特に判断能力のない成年者については何の定めもないということは、医療現場に大きな混乱をもたらすこととなる。

他方、医療同意権を考慮しない医療においては、過度の濃密医療、評価の定まっていない医療、実験医療など、判断能力不十分者の人権を無視した医療行為が行われるおそれもある。

したがって、少なくとも判断能力を喪失した者については、第三者の医療同意に関する法を整備して対応する必要がある。

法の骨子としては、一定の範囲の家族とともに成年後見人に対し、通常の医療行為における同意権を与え、その範囲を超える重大な医療行為については、同意を許可すべきか否かについて審議決定する機関を設置し、またこの機関は成年後見人が判断に迷う場合についても審議をすることができるとする。この審議機関は、医師その他の医療従事者、法律家、医療倫理の専門家などから構成されるものとし、この審議機関の決定に不服がある場合には、裁判所に不服を申し立てられるものとすべきである。

この点、ドイツでは成年後見人に一般的な医療に関する同意権が与えられ、被世話人がその措置によって死亡するおそれのある場合や重大かつ長期に及ぶ健康上の障害を被るおそれのある場合などについて裁判所の許可にかからせるという制度となっているが（新井誠監訳『ドイツ成年後見ハンドブック』66頁（頸草書房）、田山輝明『続・成年後見法制の研究』350頁（成文堂）、黒田美亜紀「ドイツ世話法における医療行為の同意」〔前掲・新井編『成年後見と医療行為』所収〕）、参考になる。

ただし、特に重大な医的侵襲を伴うものに限定するとしても、わが国の裁判制度で対応しきれるかという問題があるとともに、裁判所が第一次的判断をするというシステムとなると、結局裁判官は医師などの鑑定意見をもとに判断することにならざるを得ない。そうであれば、最初から医師等の専門家で構成する機関を設置した方が迅速かつ機能的である。

また、わが国においては、配偶者や成年の子、両親、同居の親族など一定の範囲の家族にも同意権を与えることとなろう。家族は、通常は本人の生活歴や信条等を熟知していると推測されるからである。

なお、同意権における成年後見人と家族の順位については、裁判所が決定することとすれば良い。

これらの大枠をふまえて、早急に法整備に着手すべきである。

9 精神保健福祉法等と後見人・保佐人の義務の調整

(提言)

後見人及び保佐人について、本人の保護のため特に必要があると認める場合には、家庭裁判所は利害関係人の申立により後順位の保護者と順位を変更することができるべきである。

(提言理由)

(1) 後見人等の順位

後見人又は保佐人は、精神保健福祉法により第一順位の保護者とされている（同法20条2項）。精神保健福祉法における保護者は、精神障害者が適切な医療及び保護を受けられるように、必要な法律上事実上の行為を行い、かつ、社会復帰、自立及び社会経済活動への参加を実現し促進させるため環境を調整することが求められている。

精神障害者の場合、医療との関わりぬきに地域における安定した生活は難しいが、環境や条件が整えば、通院と症状悪化の場合に任意入院することで、基本的には地域で生活することが可能な場合が多い。ところが、わが国では、私宅監置から入院医療中心へと長く精神障害者を社会から隔離することが精神障害者政策の主流となってきたため、現在でも、精神障害者について、不適切もしくは治療に必要な期間を超えて強制入院が継続されることが少なくないのが実情である。それだけに保護者の責任は重い。

保護者は、医療保護入院の同意権を有し（同法33条1項）、退院・処遇改善等の請求をする権限を有し（同法38条の4）、また、措置入院患者等の引取義務がある（同法41条、引取の態様としては在宅に限らず他の入院形態でもよい。）。任意入院の場合においても、本人の退院後の環境調整を行う必要がある。保護者は、自発的に治療を受けることが期待できない本人に治療を受けさせる義務があり（同法22条2項）、医師に協力し医師の指示に従う義務がある（同法22条3項）。

しかし、第三者後見人等の場合、本人の生活歴、病歴を知悉している状況にはないことも多く、むしろこれらを知悉している家族の方が治療に関して適切な判断ができると認められる場合がある。

また、精神障害者においても自己決定権は尊重されなければならない、精神科病院への入院は任意入院が原則であるが（同法22条の3）、後見人又は保佐人のなかには、業務の遂行が楽など自己の都合を優先して、通院や任意入院が可能であるにもかかわらず、医療保護入院を選択する例が

あり、稀には病院の退院の勧告を無視するという例すらある。

したがって、後見人、保佐人については、その保護者としての地位を絶対的なものとするのは適当ではなく、本人の保護のため特に必要があると認める場合には、家庭裁判所は、後順位のより保護者に相応しい者を第一順位に変更できるとすべきである。

(2) 精神保健福祉法と任意後見人について

精神保健福祉法20条1項の「保護者となる者」と任意後見との関係について付言すると、一般にはここには任意後見人を含まないとされているが、この点についても検討が必要である。

精神保健福祉研究会監修『精神保健福祉法詳解〔三訂判〕』は、「後見人」について、被後見人を「未成年又は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」とし、日常生活に関する行為を除く全行為について取消権と代理権を有するとし、民法の規定のみを引用することにより、法定後見人であるとの解釈を示している（193頁）。

任意後見制度は、もともと法律行為に関する任意代理について、任意後見監督人を置き、さらに任意後見監督人を家庭裁判所が監督することで公的監督に付し、判断能力が減退した者を代理人の権限濫用から保護しようという制度であり、あくまでも任意代理を枠組みとしている。したがって、ここで授権できる権限は法律行為に限定されていると解さざるを得ず、保護者としての地位は想定されていない。

しかし、自らが信頼する者を自らの保護者としたいという自己決定権は尊重すべきである。任意後見人が、法定後見人と比してその信頼性において一般的に劣るということはない。任意後見監督人による監督が及ぶと考えれば職務執行における信頼性も一応担保されているとすることができる。精神障害者が選任した任意後見人にも保護者としての地位を与えるべきである（星野茂「精神保健福祉法とその問題点」実践成年後見21号19頁は、任意後見人であっても保護者から排除する必要はないものとする。）。

しかし、任意後見人の選任に家庭裁判所が関与していないこと、任意後見には補助類型の本人も含まれること、親族間の争いから任意後見制度が本来の目的と異なる意図で使われる場合があることなどを考慮すると、任意後見人を家庭裁判所の選任に基づく後見人又は保佐人と全く同一視することはできないであろう。したがって、その義務を行うべき順位については扶養義務者と同順位とするのが合理的である。

(3) 医療観察法

「心神喪失等の状態で重大な他害行為を行った者の医療及び観察等に関する法律」(医療観察法)は、殺人、強盗などの重大な犯罪行為を行った精神障害者(対象者)が、心神喪失等により不起訴もしくは裁判で実刑にならなかったときに、裁判所の審判により期間の上限を定めずに指定医療機関へ強制入院させるなど強制的に医療を受けさせる制度を定めたものである。2003(平成15)

年7月に成立し、2005（平成17）年7月から施行された。人権に深くかかわる法律であり、対象者は、精神の障害のために自らの権利擁護の能力が低くもしくは能力に欠ける場合があることから、「保護者」に対象者と同様の権利を認めて、対象者の能力の不足を補う役割を課している。ところが、医療観察法が保護者を精神保健福祉法により保護者となる者と定義し（医療観察法2条1項）、精神保健福祉法は後見人・保佐人を第一順位の保護者としているために（前掲）、後見人・保佐人は、2000（平成12）年の成年後見制度の制定時には予期することのできない医療観察法における保護者としての役割をも担うこととなった。

しかし、後見人等については(1)で述べたような問題があり、また任意後見人に関する地位についても検討の必要がある。医療観察法上においても、後見人等の順位、任意後見人の問題について検討が必要となろう。成年後見制度と関連各法との法的・制度的整備を行うべきである。

10 後見人の職務の明確化——身上配慮義務と身上監護に関する職務の指針の明確化——

（提言）

後見人等の職務遂行の指針を明示すべきである。本人の意思の尊重と身上に配慮する義務の基本的理念として、本人の「最善の利益（ベスト・インタレスト）」を掲げるとともに、これを実現するために以下の項目を指針として示す。

- ① 本人の状況に応じて身上を把握（見守り）し、必要に応じて本人を取り巻く支援関係者との連携に努めること。
- ② 本人が自由に意思を表明できる環境を整備するよう務めること。
- ③ 重要な法律行為を行うにあたっては、本人を取り巻く支援関係者からも意見を聞くなどして、総合的に判断すること。
- ④ 本人の財産の活用は抑制的にならず、本人の生活の向上を目指して、本人の意思を尊重するとともにその身上に応じて行うこと。

（提言理由）

（1）民法の本人の意思の尊重と身上配慮の義務

民法は、後見人等が、生活、療養看護及び財産の管理に関する事務を行うにあたっては、本人の意思を尊重し、身上に配慮しなければならないとして（民法858条・876条の5第1項・876条の10第1項）、財産管理と身上監護に関する法律行為を行う際の義務を定めている。

しかし、これだけでは、指針として不明確と言わざるを得ない。後見人の職務は法律行為に限定されるものではあるが、法律行為を行うにあたり、これに付随する一連の事実行為がともなう。当該法律行為を行うか否か、あるいはその適否を判断するには、法律行為の対象の調査から本人の置かれた状況やライフスタイルなどまで調査しなければ決められないことが多い。特に身上監護に関しては、その傾向は強い。

ところが、この身上監護の職務に付随する事実行為については、その範囲が明確ではなく、多くの後見人が職務の範囲をめぐって悩んでいるのが実情である。

その理由として、①従来から、成年後見制度は財産の管理が中心であるとする考え方があること、②その延長として、本人の財産は可能な限り維持すべきだとの考え方があること、③契約等の法律行為を行うためには決定と、事前調査・契約後の義務履行、相手方の義務履行の監視という一連の手配（事実行為）も含まれることから、特に身上監護に関してどこまで必要であるかということが明確ではないこと、④後見等受任者の約8割が親族であるが、約2割に弁護士、司法書士、社会福祉士等の第三者後見人が選任され（最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況」各年度版参照）、その専門性も多様な人たちが担っているため、後見人等の職務の理解に相違があることなどが考えられる。

そこで、後見人等に対し、職務を行うに際しての一定の指針を示すことが必要となる。

ちなみに、イギリスの成年後見制度（意思能力法）の下では、Code of Practice（施行規則）のなかで、後見人の職務について、最善の利益（ベスト・インタレスト）を基本とする具体的な指針を示している（菅富美枝「英国・新成年後見制度の一考察」実践成年後見18号84頁以下）。

以下には、指針を定めることの必要性とその具体的内容について述べる。

(2) 身上監護の内容と範囲

財産管理の範囲については、認識に相違が出ることはそれほど考えられないが、前述のとおり身上監護については、その範囲が明確ではない。法律行為に付随する事実行為のとらえ方によっては、その範囲は狭くもなるが、相当に広がることにもなる。

そこで、まず身上監護の内容と範囲について、後見等が開始しても社会にある個人としての生活を行い得ることという観点から、以下のように整理した。ここでは、人は教育、就労、余暇活動や地域社会への参加・役割をとおして自尊欲求や自己実現欲求を充足することができるという視点から、身上監護の内容に「社会参加」に関する事項も含めている。

また、後見人等が法律行為を遂行する場合、それに付随する事実行為を法律行為から分断することはできない。そのため、法律行為に付随する事実行為を後見人等の職務遂行にあたって必要な一連の行為とみる必要がある。

《領域1：身上監護業務としての法律行為》

- ① 病院等の受診、医療・入退院等に関する契約、費用支払い

- ② 本人の住居（註１）の確保に関する契約、費用支払い
- ③ 福祉施設等（註２）の入退所・通所に関する契約、費用支払い
- ④ 公租公課・公共料金等に関連して必要な手続き、契約、費用支払い
- ⑤ 社会保障給付（諸手当・年金・生活保護等）に関連して必要な申請、手続き
- ⑥ 保健・福祉・介護サービスに関連して必要な申請、契約、費用支払い
- ⑦ 教育・リハビリテーション・就労・余暇活動・文化的活動等の社会参加に関する契約、費用の支払い
- ⑧ ①～⑦に関連する手続き上の異議申立、訴訟行為

※（註１） 本人が現に居住している住居、あるいは居住の意思のある住居

（註２） 保健・福祉・介護に関する法律に規定される入所施設・通所施設

《領域２：身上監護業務としての法律行為に付随する必要な事実行為》

- ① 本人の状況に応じた定期的訪問による本人の心身状態、生活状況、社会参加に対する希望の把握ならびに意思確認（註３）
- ② 本人の住居の確保のための情報収集ならびに本人の意思確認
- ③ 福祉施設等を決定するための情報収集ならびに本人の意思確認
- ④ 保健・福祉・介護サービス内容に対する監視・監督行為
- ⑤ その他契約の履行に関する監視・追跡調査
- ⑥ 本人をとりまく支援関係者との状況確認・連絡・調整

※（註３） 意思確認は代弁機能も含む

(3) 後見人等の職務における「最善の利益（ベスト・インタレスト）」の理念

後見人等の職務における基本的理念として、本人の「最善の利益（ベスト・インタレスト）」を明示すべきである。職務を行うにあたり、本人の家族や推定相続人、周囲の者のためではなく、本人の最善の利益のために遂行すべきは当然のこととも言えよう。財産を残すのではなく、本人の利益のために積極的に使うことも後見人の職務となる。現実の後見実務においては、この点が次第に認識されつつあるが、本人の「最善の利益（ベスト・インタレスト）」を基本的な指針として示すべきであろう。

(4) 見守りの義務

身上監護の職務は非常に多岐にわたるため、これらの職務を適切に行うには、本人の身上を適格に把握することが不可欠であり、そのために本人に対する見守りが重要となる。

本人の心身・生活状況は常に変化する可能性を孕んでおり、また、コミュニケーション能力や判断能力の低下がみられる本人の意思を把握することはそう容易ではない。したがって、本人の状

況に応じた定期的な訪問等の見守り活動を行い、本人の状況、意向を把握しておくことは、本人の意思を尊重し、身上に配慮して職務を行うため非常に重要なことである。

(5) 周囲の支援者や家族等の関係者からの情報収集

判断能力が低下した本人に代わって何が最善の利益となるのかを判断することは、それほど容易なことではなく、むしろ困難であることも多い。そのため、重要な法律行為等の判断においては、本人の意思の尊重は当然のこととして、周囲の支援者や家族等の関係者からも情報を収集し、総合的に判断することによって「最善の利益（ベスト・インタレスト）」実現のための具体的方法を確保することが必要である。

(6) 本人の意思、自己決定の尊重

本人に判断能力やコミュニケーション能力の低下がみられる状況であっても、生活の主体は本人である。そのため本人の意思の尊重においては、本人が自由に意思表示することができる環境を整備し、家族や友人、介護者等からの聴き取り、本人の過去のライフスタイルや生活歴からの類推及び潜在化している意思を可能な限り顕在化するためのコミュニケーション等によるエンパワメントの努力が必要となる。

また、本人の自己決定や希望が必ずしも道徳的で安全性が高いとは限らないこともあり、そのような場合は、保護の必要性と本人の自己決定の衝突という問題が生ずる。後見人等は、このようなとき、困惑し、ときにパターンリズムに陥ることも多い。生活の基盤に影響することがない限り、本人の自己決定や希望を優先させることが必要である。この点は、民法上、本人の意思の尊重という言葉で示されているので、新しく付加するわけではないが、その具体的な内容として、本人の意思をくみ取り、生活基盤や身体に大きな悪影響がない限りその意思を優先することを確認する必要がある。

(7) 支援関係者との連携

本人が、地域で安心、安全に暮らし続けるためには、家族や友人、介護者、さらにはフォーマル・インフォーマルなサービスや支援者による多様な支えが重要となる。本人の意思と身上を把握して行わねばならない多様な身上監護の職務を、孤立した後見人等が単独で行うということは困難である。そこで後見人等としての役割と限界を認識し、家族や友人、介護者、支援ネットワーク等と連携し、その一員として活動する仕組みを構築することが必要となる。

特に地域の権利擁護相談の拠点である地域包括支援センター、本人の健康管理に携わる医師、生活支援を行っている福祉専門職等の本人を取り巻く支援関係者との情報の共有や連携によるチームケアとして後見業務を推進することが必要である。そのことは地域の見守り体制の構築にもつながる。

(8) 身上監護の視点に立った財産管理

財産は本人の利益のために活用されてこそ意味がある。後見人等の職務としての財産管理は、単なる保安全管理に留まらず、本人の生活の質の向上を目指し、身上監護のために本人の財産を有効に使うという視点に立つことが重要である。

しかしながら、これまで、ともすると財産の維持、保全が目的とされ、支出は必要最低限に抑えられる傾向があった。これでは、本人のための成年後見とはいえない。したがって、本人の利益と意思にしたがって、財産を積極的に使うことも必要となることを示すべきである。

11 成年被後見人死亡後の成年後見人の権限

(提言)

被後見人死亡後も、成年後見人が保管する財産を相続人等に引き継ぐまでは、財産に関して相続財産管理人と同一の権限を認めるべきである。

(提言理由)

(1) 現行制度

本人が死亡すると、成年後見は絶対的に終了する。成年後見人の権限は消滅し、その後は委任終了時の緊急処分義務（民法874条・654条）が存するだけとなる。あとはこの権限内で如何なる行為をなし得るかという問題となり、これを超える行為については事務管理法理の適用が認められるかどうかだけということになる。

(2) 現行制度の問題点

しかし、本人が死亡しても、公共料金や家賃などの支払の必要性は継続し、医療費は最終的な清算支払が必要になる。成年後見人が医療契約を締結している場合には、本人が死亡し、権限がなくなったからと言って、医療費の支払を拒否することは困難である。また、身寄りのない本人については、遺体の引取りから葬儀、埋葬、死亡届等を誰が行うかという問題が生ずる。埋葬については、墓地、埋葬等に関する法律9条1項で市町村長が行うこととされているが、市町村長に処理を依頼することは成年後見人が行わざるを得ず、自治体の動きが遅いときは結局成年後見人が埋葬等をも行わざるを得なくなっている。ただし、死亡届については、戸籍法が改正され、成年後見人、保佐人、補助人、任意後見人に届け出の権限が認められるようになった（同法87条

2項、平成20年5月1日施行。)

さらに、成年後見人は保管していた財産、関係書類を相続人に返還してすべての事務を終了させるわけであるが、相続人間に紛争がある場合には引き渡しができず、事実上保管を継続しなければならない。また後見終了にともなう成年後見人の報酬付与申立は権限消滅後に行うこととなるが、報酬付与決定は本人の財産のなかから一定額の報酬を付与するという決定になるため、これを取得するには本人の預貯金から払戻す必要がある。しかし、事実上保管しているにすぎないのでは、報酬相当額を預貯金から払い戻すこともできず、相続人間において紛争があるときは、報酬についてもそれが解決するまで支払いを受けられないという事態も生ずる。

この場合相続人が存しなければ相続財産管理人選任申立をし、選任された相続財産管理人に財産を引渡すことになるが、選任までには相当の期間がかかり、その間の事務処理が問題となる。また、相続人が存する場合には、遺産管理人選任は審判前の保全処分となるため、遺産分割審判の申立がなされない限り選任を求めることができない。

このように、本人死亡後においても行う必要のある事務が相当あるにもかかわらず、現行法制度上は成年後見人にこのような行為を行う権限はほとんどない。それにもかかわらず、成年後見人は本人の最も身近にいた者として周囲からその履行を期待され、結局、法的に許されるのかどうかという疑問を抱きながらも、さまざまな理由をつけて処理しているのが実情である。しかし、これでは、法制度としてあまりに無責任であると言わざるを得ない。少なくとも、財産を相続人に引き継ぐまでは財産に関して相続財産管理人と同程度の権限を認めるべきであり、早急にそのような法整備を行うべきである。

12 家庭裁判所の後見監督機能の充実

(提言)

家庭裁判所の後見専門担当の人的充実を図り、また成年後見等の申立に対する相談や選任後の成年後見人等に対する助言を行うことができる態勢を整備すべきである。

(提言理由)

(1) 増大する成年後見の利用

成年後見制度の利用件数は年々増加し、2006（平成18）年度の成年後見関係事件申立件数は合計32,629件、同年度の終局事件33,081件のうち認容されたものが約92%となっており、申立件数は対前年比で約55%の増加となっている（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18年4月から平成19年3月～J)。2000(平成12)年4月に新しい成年後見制度が開始して以来、7年間の申立件数は累計で12万件を超えている。超高齢社会に突入することが予測されている状況において、成年後見の利用件数は今後とも増加の一途をたどるであろう。しかも、成年後見事案においては、開始決定後に後見事務処理の監督が継続することになり、年々事件数は累積されていく。

成年後見人は、財産を管理し、法律行為について広範囲な代理権を有し(民法859条1項)、また保佐人、補助人も代理権が付与されれば、その範囲で財産の管理を行うこととなるため、家庭裁判所がその監督を行うこととなっている(同法863条)。

しかしながら、ときに後見人による財産の流用なども発生し、既に、親族の後見人が財産を流用して起訴され、有罪となった事案も複数生じている。未成年後見についてはあるが、親族後見人の横領事案について、最一小判平成20年2月18日(判時1988号161頁)が、後見開始後は親族相盗例の適用はないとして有罪とした。また成年後見人の横領に関しては、秋田地判平成19年10月25日(判タ1236号342頁)があるほか、横領をした後見人の逮捕等の報道も後を絶たない(毎日新聞2008年6月4日朝刊ほか)。後見人の解任事案も年々増加しており、2007(平成15)年には207人の成年後見人が解任されたという(毎日新聞同日の報道による)。それだけに、その事務処理が適正に行われるよう厳正に監督することが求められる。

また、成年後見人等の選任に関しては、第三者の専門家が選任される割合が増大しつつあるものの、圧倒的に親族が選任される割合が大きい(平成18年度で約82%)。したがって、後見人等に選任される者の多くは、法的知識がない一般市民となるため、監督のみでなく、後見事務処理についての適切な指導・助言を行うことも必要となる。

(2) 現状の後見監督の問題点

家庭裁判所の限られた人員の中で、年々累積していく事件に対し、きめ細かい後見監督を行うことには相当な限界があると考えられる。

このため、大規模裁判所では、銀行実務等の経験者を参与員として委嘱し、後見人等が提出する報告書の審査を依頼している。しかし、参与員による審査にも、早晩、限界が生ずることが指摘されている(佐藤彰「横浜家庭裁判所における後見監督の実情」実践成年後見13号22頁は、今後の事件の増加を考えると事務量としての限界が予想されるという)。

また、家庭裁判所としては、後見人等の後見実務の処理方法について指導し、後見事務遂行の過程で後見人等が問題に直面した際に、助言することも求められる。家庭裁判所には、市民に対する後見的役割がある。後見等開始申立の申立権者に市町村長が加えられたことからうかがえるように、成年後見は社会的に対応すべきものであり、家庭裁判所に対する期待も大きい。

しかし、現状ではそれに対応するに必要な人的整備は十分ではない。

(3) 後見監督人の利用について

裁判所の監督だけでは十分でない認められるときは、後見監督人を選任することも行われている（佐藤彰「横浜家庭裁判所における後見監督の実情」実践成年後見13号22頁）。事案によっては、後見監督によらなければ適切な監督ができないものもあり、そのような場合には後見監督人による監督に委ねることになる。

しかし、一般的な監督を行う人的態勢が不十分であることを補うためにこれを利用するのは、必ずしも適切とはいえないであろう。一般的な監督は、本来家庭裁判所の責務である。それを後見監督人によって代替するのは、成年被後見人等に費用を負担させて、本来家庭裁判所が果たすべき後見的役割を代替させることになる。公的な監督が適切になされるということにこそ、成年後見制度への信頼の基盤があることを想起する必要があるだろう。

(4) 監督・指導機関の創設

以上の提言は、現状の法制度を前提にしたものであるが、このような監督・指導は多分に行政事務的なものであるため、むしろ裁判所外に、行政等の公的責任で監督・指導的機関を設け、裁判所は、成年後見開始と成年後見人等の選任、自宅不動産の処分、成年後見人の解任等重大な問題についての審査に役割を限定することが考えられる。後に述べるように、後見人の養成等もきわめて重要な課題であるため、後見監督のみならず、後見人等の養成、教育、支援等を総合的に行う機関を創設することが検討されるべきである。

13 成年後見人等の養成・監督・支援機関の創設

(提言)

成年後見人の養成・監督・支援に関する公的機関の創設

(提言理由)

(1) 成年後見人の選任状況

成年後見が開始された事案において、本人と成年後見人との関係を見ると、親族が選任される割合が大半となっている。

しかし、親族以外の第三者、特に弁護士会、司法書士会、社会福祉士会、(社)家庭問題情報センター、税理士会等の推薦でこれらの団体に所属する専門家が選任される割合は、年々増加してい

る。第三者が後見人等に選任された割合は、2000（平成12）年度10%弱、2001（同13）年度14%、2002（同14）年度16%、2003（同15）年度17%、2004（同16）年度20%、2005（同17）年度23%、2006（同18）年度18%となっている。2006（同18）年度に第三者後見人の割合が減少したのは、障害者自立支援法施行により障害者福祉サービスが契約原理に移行したため、知的障害者等の親の会などによる申立が増加したからであり、第三者後見人の必要性は今後とも年々増加していくものと推測される。

成年後見が必要とされる事案には、親族間の対立が激しい事案や虐待が行われている事案、また法的紛争のある事案、第三者による権利侵害がなされたあとの救済が必要なもののほか、福祉施設利用契約や日常の金銭管理、身上監護が中心の事案などさまざまなものがある。必要とされる事務処理にはさまざまな内容があり、それに応じて要求される専門性も異なってくる。親族間の利害対立や法的紛争性が強い事案については、法律専門家が、身上監護を中心とする事案では社会福祉や家族問題に関する専門性が要求される。このように事案や求められる支援の内容により適切な第三者後見人等の候補者は異なってくるのであるが、日常の金銭管理が中心となる事案では、専門性はなくとも処理が可能である。

成年後見人等の候補者については、前記専門家の各団体が家庭裁判所に対して候補者を推薦し、家庭裁判所では、申立人が後見人等の候補者を推薦していないときや、申立人の推薦する候補者が相当でないときに、これらの団体の推薦に基づいて後見人等を選任している。その選任にあたっては、要求される後見事務の内容にしたがい、それに相応しい専門職が選任されている。他方で、身近に親族がいない者については、現状では、特別の専門的知識が無くとも処理することが可能であるにもかかわらず、これらの専門家から選任されている。

(2) 新たな後見人等候補者の養成

しかしながら、成年後見人等の候補者として全国の各弁護士会に登録されている弁護士数は約3000名、(社)成年後見センター・リーガルサポート（司法書士会）に登録されている司法書士数は約4000名、社会福祉士会は約1700名で、さらにその実働数はこれを2～3割下回るといわれている（当学会「市町村における権利擁護機能のあり方に関する研究会」平成18年度報告書10頁）。

これに対し、既に選任された専門職後見人の数は、次頁表の通り累計で1万5000名を超えている（最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況」から）。

現状でも、専門家後見人は複数の事案で選任を受けており、次第に受任容量が限界となりつつある。各団体は登録者の増加に向けて努力しているが、それにも限界があるようである。

また、財産の少ない成年後見事案については報酬等が十分確保できないことから、引き受け手が少ないという実情がある。このため、現状では各団体の有志がボランティア的な取り組みで対応しているが、前述の選任数、登録数からみてもかなり限界に近づいている。

他方、日常的な金銭管理が中心の事案では、必ずしも専門性は要求されない。現実には8割も

年度	弁護士 (人)	司法書士等 (人)	司法書士	社会福祉士
H12	166	117		
H13	626	395		
H14	760		610	142
H15	952		999	313
H16	1060		1179	405
H17	1345		1428	580
H18	1619		1965	903
合計	6528	512	6181	2343

の親族後見人が後見業務を行っていることを見ても、このような事案の後見事務の処理は、法律や福祉の専門家でなくとも可能である。むしろ、必ずしも専門性を要求されない事案についてまで、前記専門家等が後見人に就任する必要性は乏しいと言える。

後見人等の候補者数が限られているために、成年後見制度の利用ができないなどという事態が生ずることは絶対に避けなければならない。他方、介護保険法や高齢者虐待防止法に見られるように、成年後見は福祉的機能を果たすものであり、したがって社会全体で制度を支えるべきである。

そこで、前記専門職以外の福祉職や市民のなかからも、後見人等の候補者を養成し、専門性が要求されない成年後見事案については、この候補者を積極的に活用することが考えられる。この後見人候補者は、高齢者や障害者に対する福祉的観点から社会に貢献しようという意欲を持つ市民等を対象とすべきである。社会貢献的意欲を要件とするのは、後見事務が本人の身上と財産について大きな権限を持つこととなる職務であるため、これに携わる者に一定の倫理観が必要であるからである。最近、ようやく、これらの者に社会貢献型後見人、あるいは市民後見人との名称を付して、養成をしようという試みが始まっている。

(3) 成年後見人の養成、監督、支援機関の創設

社会貢献型後見人であっても、後見実務に関する教育は不可欠であり、したがって、その養成が必要となる。その養成については、社会貢献型後見人を必要とする理由からみて、当然に公的責任において行うべきである。また、社会貢献型後見人が、裁判所からも市民からも信頼されるためには、それらの者が所属するか、指導・監督を受ける団体がなければならない。

そこで、養成から監督、支援を行う機関を自治体に創設することを提言したい。これは、原則

として市町村単位で創設すべきものである。現在権利擁護の機能を担っている市町村の社会福祉協議会、福祉公社等の権利擁護センターの活動などが参考となろう。

東京都世田谷区、大阪市などいくつかの自治体では、既に社会貢献型後見人を養成しこれらの者を成年後見センター等に所属させ、また監督することを条件として、家庭裁判所に成年後見人等の候補者として推薦している（前掲・当学会「権利擁護研究会」平成18年度報告書、実践成年後見18号の特集「第三者後見人の養成」）。これらの活動を全国に広げる必要がある。そのためには当然のこととして、国が財政的な援助を行うことも必要となる。

また、後見人等の監督については、前述のとおり家庭裁判所では、既に限界に達していると思われる。親族後見等で紛争性の弱い事案においては、裁判所外の監督機関が監督することでも十分に監督の実は上げられる。むしろ、市町村単位でこのような機関が創設されれば、この機関による方が、緻密な監督が期待できるとも言える。

今後、成年後見事案がますます増大していくことを考えると、このような機関の存在は不可欠と考えられる。ちなみに、ドイツでは「世話社団」「世話人協会」(Betruungsverein) や世話官庁などがこの役割を果たしているといわれており（新井誠監訳『ドイツ成年後見ハンドブック』198頁以下（勁草書房）、田山輝明『続・成年後見制度の研究』326頁以下（成文堂））、わが国においても、この運営は参考となろう。

なお、当学会「市町村における権利擁護機能のあり方に関する研究会」は、既に2007（平成19）年3月、市民後見人の養成、市民後見人等の支援機関創設の必要性について提言しているところである（前掲平成18年度報告書）。

14 成年被後見人等の資格制限の削減

1990年代以降はそれまでの民間運動に加え政府の取組みによって大規模な欠格条項の見直しが行われてきた。しかしながらまだ少なくない条項が撤廃・修正のなされないままに残されている。とりわけ成年後見制度に関わる条項については非常に多い。

欠格の規定は当該者の資格・免許に対する適格性を個別に判断することなく当該者に障害があることをもって排除するものであるから、彼／彼女らの権利を侵害する懸念を多く持っている規定であるとみなすべきであろう。例えばアメリカ合衆国の Americans with Disabilities Act of 1990 における合理的配慮（reasonable accommodation）の概念は、就労等への適格性をその人に必要な配慮まで含めて判断する方法論を提起している。このように既に日本でも認知されている概念に照らして考えてみても、単純に障害の有無だけで当該者の適格性を判断することには疑問が大きいと言える。

また、このような一律の欠格条項は、その障害に対して烙印、スティグマを与えるものであり、差別意識を生じさせることになる。

このような中であってなお成年後見制度に係る欠格規定が多く残されているのは、そもそも成年被後見人等がその判断能力が不十分であることを審判によって定められているのだから他の領域でも適格性を欠くことが多いとみなされるからかもしれない。しかしながら近年の研究によって、判断を含めた能力は多面的に構成されるとする考え方もっばらであり、他国の能力判断でも機能的な能力論に基づいているなどの事実に鑑みると、成年後見等の申立に際して行われる鑑定内容ならびに審判を以て他領域の能力がないと類推するのは無理があると考えべきである。

そこで、欠格条項の中で、現在、特に大きな問題となっている2つの項目について、以下の通り、提言する。

（提言1） 公務員の欠格事由について

国家公務員法38条1号、地方公務員法16条1号を削除し、国家公務員法76条、地方公務員法28条4項から成年被後見人、被保佐人を除外すべきである。

（提言理由）

国家公務員法38条1号・76条は、成年被後見人又は被保佐人を国家公務員としての欠格事由とし、地方公務員法16条1号、同28条4項も同様の欠格事由を定めている。

しかしながら、国家公務員や地方公務員の職務には、事務職以外にもさまざまな仕事があり、高度の判断能力を要しないものもある。民法上の法律行為を行う能力が減退したとしても、現実的職務によっては、直ちに職務が行えなくなるとは限らない。

他方、国家公務員法78条には、心身の故障のため、職務の遂行に支障があり、又はこれに堪えないものを免職する規定があり、地方公務員法28条1項2号にも同様の規定がある。判断能力減退のため現実に職務を行うことが困難となった場合には、この規定により対処することができる。

現実に、地方公務員として働く知的障害者が成年後見等開始決定を受けると失職することから、成年後見制度の利用を断念したとの事例も既に見られるところであるが、障害者にも雇用機会が拡大されつつあるなかで、今後このような事態も少なからず生じられると思われる。障害者の雇用機会の拡大は今後さらに進めていくべき課題であるが、この欠格条項の存在は大きな障害となるであろう。このような問題については早急に対応される必要がある。

したがって、国家公務員法38条1号、地方公務員法16条1号については削除し、地方公務員法28条4項から成年被後見人、被保佐人を除外すべきである。

（提言2） 選挙権制限の廃止

後見開始決定にともなう選挙権剥奪には、合理的な理由はなく、憲法で保障された普通選挙の理念に反し、著しく基本的人権を損なうものである。したがって、公職選挙法11条1項

から1号（成年被後見人）を削除する。

（提言理由）

（1） 選挙権は平等に与えられる人権である

選挙権とは、しかるべき能力を有する者に対して、資格として付与される性格のものではなく、能力の有無に拘らず、平等に与えられる権利である。

判例は、「憲法14条1項に定める法の下での平等は、選挙権に関しては、国民はすべて政治的価値において平等であるべきであるとする徹底した平等化を志向するものであり…」(最大昭和51年4月14日判決・民集30巻3号223頁)と述べていることからみても、判断能力が不十分であることをもって選挙権を奪うことはできないと考えられる。

また学説によれば、選挙権とは、「近代立憲主義憲法においてあまねく保障されている重要な権利」(芦部信喜『憲法[第三版]』237頁(岩波書店))であるとされる。

いずれにしても、しかるべき能力をもつ者に対してのみ与えられる資格とは捉えられていない。現在、私たちは20歳になると選挙権を得る。その際、一人ひとり選挙する能力が測られることはないし、それによって選挙権という資格を付与されるわけでもない。判断能力の不十分な人であっても、現実に行使できるか否かの問題は別にしても、選挙権はあると考えるべきであり、すべての人に基本的人権としての選挙権を与えるのが、普通選挙の理念である。

このように考えれば、戦後、普通選挙となった時に、準禁治産者等が欠格条項から外されたにも拘らず、禁治産者が残されたこと自体、誤りであったと考えられる。

（2） 欠格条項の規定

公職選挙法11条の欠格条項は、今や三種類にとどまっている。

一つ目の、選挙違反者に対する選挙権剥奪については、判例は、「選挙権は国民の最も重要な基本的権利であるが、その剥奪には合理的な理由がある」(最大判昭和30年2月9日・刑集9巻2号217頁)としているが、自ら選挙の公正を害した者に対する処分として合理性が認められよう。

二つ目の、受刑者に対する選挙権剥奪については、近年「市民の死」であると言われるようになっており、既に欧州人権裁判所が「投票の喪失と自由刑を科すことに、何ら明確なつながりはない」(ハースト事件[2004年3月30日])との判決を出したことから、今後わが国においても論議を呼ぶことが予想される。

そして三つ目に、後見開始決定を受けた者からの選挙権剥奪である。

選挙権とは国民の最も重要な基本的権利であり、その剥奪には合理的で明確な理由が必要である。選挙犯罪等に比して、禁治産者（現在の成年被後見人）の場合、選挙権剥奪の積極的な目的

性があることは思われない。

(3) 選挙権の性格

選挙権の行使を通じて政治に参加する、いわゆる公民権あるいは市民権とは、すべての市民が形式的に平等に持つ権利であり、一人ひとりの能力の有無によって、与えられたり、奪われたりしてはならない性格のものである。

社会学者T. H. マーシャルは、市民権を「一つのコミュニティの完全な成員 (full members) に付与された地位であるという (T.H.MARSHALL (岡田藤太郎訳)『福祉国家・福祉社会の基礎理論—「福祉に対する権利」他論集』(相川書房))。

公民権を剥奪するという事は、二流の人間であることを制度的に裏付けることであり、そのことを社会が認めることでもある。そのようなことが付随すれば、成年後見制度の趣旨を著しく損ない、制度の普及を阻害するであろう。

(4) 選挙権に関する憲法上の保障

選挙権に関する憲法上の権利としては、44条(選挙権)、15条(公務員の選定罷免権)、関連する権利としては、11条(基本的人権の享有)、13条(幸福追求権)、14条(平等権)、21条(意見表明権)等があるが、これらの条文の趣旨に照らしても、個々の判断能力による差別は許されない。

前記・最大判昭和51年4月14日も、「憲法は、14条1項において、すべて国民は法の下に平等であると定め、一般的に平等の原理を宣明するとともに、政治の領域におけるその適用として、前記のように、選挙権について15条1項、3項、44条但書の規定を設けている。これらの規定を通覧し、かつ、15条1項等の規定が前述のような選挙権の平等の原則の歴史的発展の成果の反映であることを考慮するときは、憲法14条1項に定める法の下での平等は、選挙権に関しては、国民はすべて政治的価値において平等であるべきであるとする徹底した平等化を志向するもの…」と述べている。

(5) 代替手段との関係

憲法上の権利、特に精神的自由等を制限するには、公共の利益を目的とする場合の他、代替手段があるか、規制手段が必要最小限度であるか等が問われる(例、LRA基準 less restrictive alternatives)。LRA基準とは、規制目的が正当であったとしても、その目的を達成するために取られる規制手段が広範である場合に、必要最小限度の規制手段を要求するものであり、選挙権についても、参考になるのではないかと思われる。その基準とは、①規制は原則違憲とした上で、例外として、公共の利益を目的とするもの等をあげ、②本当にその制限が必要なのかを問い、③代替手段があるか、規制手段が必要最小限度であるかを問うものである。これによれば、選挙違反者の選挙権剥奪は、公共の利益を目的として認められようが、選挙権の剥奪は絶対的な制限で

あって、現在のところ、その代替手段は設けられていないことからすれば、能力が不十分であることを理由とする選挙権剥奪は違憲の疑いが濃厚というべきであろう。

(6) 後見開始時には選挙に関する能力の判断はなされていない

そもそも成年後見制度とは、契約社会において、判断能力が不十分な人を守るために、民法によって財産管理等の法律行為能力を制限し、保護を与える制度である。後見類型に属するか否かの判断は、能力鑑定により裁判所が判断するが、それらの判断の基礎となっているのは、財産管理能力に関する社会的適応の困難さである。ここでは、選挙の能力は測られていない。しかも、後見類型の場合は、後見人に包括的な代理権を与えることになるが、代理権の中には選挙権は含まれていない。

選挙権の剥奪が、成年被後見人の保護を目的としているとは到底言えない。

(7) ノーマライゼーションとの関係

成年後見制度は、ノーマライゼーションの原理を受けてできたと言われる。ノーマライゼーションの原理について、ヴォルフエンズベルガーは、「文化的に通常な行動をするため、文化的に通常な手段を利用する」ことであると述べている（W. WOLFENSBERGER（中園康夫・清水貞夫訳）『ノーマライゼーション』（学苑社））。この原理の重要なポイントは、「障害のある人も、すべての人間に権利として与えられている、当たり前の権利を受けられるようにする条件を創り出すこと」であるとされる。

このノーマライゼーションの原理は、国連において「知的障害者の権利宣言」（1971年）、「障害者の権利宣言」（1975年）等に結実し、「国際障害者年」（1981年）において「完全参加と平等」が提言されたのである。選挙権とは、政治参加の原点であることから見ても、障害者の完全参加のためには、奪うことはあってはならないものである。

(8) 悪用されるとの見解について

判断能力が不十分な人に選挙権を認めると悪用する人がいる、あるいは、選挙能力があるか否かを個別に判断できない、というのは全く的外れの議論である。判断能力があっても、頼まれて選挙権を行使する人やお金で買収される人もいる。これらは全く別次元の問題であり、必要があれば別に対応がされるべきである。選挙権を奪うことによってなされるべきことではない。

(9) 選挙権の剥奪は差別意識を助長することとなる

成年後見制度の導入にあたって、スティグマ性を排除する等のため、戸籍記載に代わり後見登記制度を採り入れたと言われている。しかし、選挙権剥奪は、戸籍記載以上の実質的なスティグマを、本人にも家族にも与える。保護の制度のはずが、選挙権を奪われるとなれば、制度利用に

については、本人・家族の逡巡を招くことは当然である。選挙犯罪者ですら、時期が来れば、選挙権を回復することができる。何ら罪を犯していない成年被後見人が、一旦選挙権を奪われれば、現実には、永遠に選挙権は戻って来ない。これでは、普通選挙以前の時代に、生活保護を受けると選挙権が剥奪されていたのと同様、人間性を否定する屈辱的な烙印を押すことにもなる。このような不利益があることが広く衆知されれば、成年後見制度自体の普及に大きなブレーキをかけることになるであろう。

以上、主として基本的人権の面から見てきたが、成年被後見人から選挙権を剥奪することに合理的理由はなく、憲法違反の疑いが濃厚であると考えられる。

2006年12月13日、国連総会において「障害者の権利条約」が全会一致で採択され、わが国も2007年9月28日これに署名した。これを機に、成年被後見人からの選挙権の剥奪を見直すことが求められる。早急に、公職選挙法11条1項から、1号（成年被後見人）を削除すべきである。

●執筆担当者一覧

平成20年7月1日現在

◎赤 沼 康 弘 (弁護士)

小賀野 晶 一 (千葉大学)

○岡 本 均 (社会福祉士)

鏡 諭 (所沢市役所)

笠 原 美和子 (社会福祉士)

早乙女 和 男 (行政書士)

佐 々 美弥子 (社会福祉士)

菅 井 昌 恵 (社会福祉士)

○高 橋 弘 (司法書士)

名 川 勝 (筑波大学)

馬 場 宏 之 (社会福祉士)

細 川 瑞 子 (社会福祉士)

水 野 裕 (医 師)

吉 澤 雅 子 (弁護士)

柿 本 誠 (日本福祉大学)

(50音順、◎は委員長、○は副委員長)

法定後見実務改善と制度改正のための提言

発行日 平成20年7月

編集 日本成年後見法学会制度改正研究委員会

発行 日本成年後見法学会

〒151-0073 東京都渋谷区笹塚2-18-3

エルカクエイ笹塚ビル6F 株式会社民事法研究会内

TEL 03-5351-1573 FAX 03-5351-1572

<http://www.jaga.gr.jp/> Email: j_jaga@nifty.com
