

じゃがれたー

No.19

(じゃがれたーは、日本成年後見法学会 (Japan Adult Guardianship Law Association) =略称JAGA) が編集・発行するニュースレターです。

発行日 平成24年9月30日
発行 日本成年後見法学会
発行人 理事長 新井 誠
編集 広報委員会
[委員長] 長谷川 秀夫
[委員] 岩井 英典
大輪 典子
香川 美里
北村 裕美子
佐藤 米生
平岡 祐二
星野 美子
山口 栄三郎

巻頭言

後見人協会

公益社団法人成年後見センター・リーガルサポート 理事長 松井 秀樹

平成24年7月1日(日)、ホテルグランヴィア広島において、当リーガルサポートの第3回研究大会が開催され、4つの分科会でそれぞれ研究成果が報告された。本大会はこれまでで最大の参加者となった。

第1分科会は「成年後見人はどう行動すべきか」、第2分科会は「死後事務にどう向き合うか——事例を通して見えてくること——」、第3分科会は「リーガル過疎地における地域連携」、第4分科会は「成年後見人の身上配慮義務と医療代行決定のあり方について」であった。

私はこの研究大会の開会挨拶の中で、今年5月初めにドイツの成年後見視察から帰国したのちに気になっていることについて触れた。ここではそのことについて書く。

私の印象に最も鮮明に残っているのは、ベルリンにある小さな「世話人協会」だった。協会はベルリンの下町のビルにあり、ビルの前の歩道をおじいさんやおばあさんが散歩していて、ビルの1階は八百屋さんであり、そこには春の季節にしか出ない白アスパラなどの野菜が並べられていた。協会はその階上にあつた。我々はそこで専門職世話人のヨーヘンさんからこの協会の運営などに関する話を聞くことになったのである。

この世話人協会は委託を受けて専門職世話人3

人ほどで運営されており、1人あたり50件程度の世話を受任し、かつ50人程度の名誉職世話人(市民後見人)の支援活動をすることが専門職世話人らの仕事であるとの説明を受けた。

私はこの協会の姿から、帰国後、日本における「後見人協会」の姿を想像してしまったのである。その想像が現実のものになるか否かは別にして、そのような想像をさせてくれた世話人協会に感謝している。

試しに、私の職業である司法書士の立場から、日本における「後見人協会」を考えてみる。多くの司法書士は全国各地の市町村で小さな事務所を開設し、仕事に勤しんでいる。その司法書士たちが、自らの事務所のある地域社会で登記事務や裁判事務、そして後見事務等を行うかたわら、複数で協力し合うことで、「後見人協会」という小さな協会のその地域で運営できるのではないか。今後わが国において市民後見人が普及していく中で、専門職後見人としての知識と経験、法律家としての知識と経験を活かし、地域の自治体等から委託を受ける形で、支援活動ができるのではないか。

これは私の妄想にすぎないのだろうか。

答えは、10年先には出ているものと思われる。

第9回学術大会

平成24年5月26日(土)、第9回学術大会が「障害者権利条約と成年後見」をテーマに明治大学リバティタワーで開催された。

基調報告

午前中、新井誠中央大学教授、長瀬修立命館大学生存学研究センター特別招聘教授、田山輝明早稲田大学教授の3氏により基調講演が行われ、会場は、300人近い参加者で埋め尽くされた。

◇横浜宣言を出発点として条約の実現を！

まず、新井教授が、実践成年後見 No. 41の論文を敷衍して「障害者権利条約と横浜宣言」とのタイトルで報告を行った。新井教授は、同条約が従来の障害者を保護の客体としてきたことに対して人権の観点から障害者本人の自己決定支援に大転換したこと、特に、同条約12条の意義を評価しながら、他方で、わが国の成年後見制度が新制度移行後10年を経て利用件数は着実に増えつつあるものの、その利用の約85%が広範な能力制限を伴う狭義の後見であることから、現行制度は条約12条に抵触するおそれがあると指摘した。そして、利用件数を増やす必要がある反面、現行制度のままでは条約12条違反を増加させるおそれがある現状を、「前門の虎、後門の狼」と評した。教授は、この矛盾を打開するには、現行制度を補助を中心にした一元的な制度に改め、意思決定支援を中心としつつ代理権付与は必要な範囲で個々の与える制度とすべきことと、任意後見の利用を増加させるべきことを提言した。そして、その変革への道筋として、横浜宣言が出発点となるべきであるとし、行政が成年後見制度全体を公的に支援し、後見の社会化の実現を図る公的支援システムの創設が急務であると強調した。

◇Nothing About Us Without Us

続いて、長瀬教授は、同条約全般を研究してき

た立場から、「国際的実施と成年後見制度」とのサブタイトルで、宮地尚子氏の「環状島」の理論をもとに、1971年の精神遅滞者の権利宣言から2006年の障害者権利条約への転換の歴史的考察を披瀝された。教授は、この歴史の流れの中で、語る者、語っても無視される者、語れない者、語らない者というものをみたととき、全体として、権利を制限する視点から権利を認める視点への転換、個人・医学モデルから社会モデルへの転換、Nothing About Us Without Usという言葉に示されたように保護の対象から本人主体への転換があったことを示され、成年後見制度も、同条約にのっとり、代替的意思決定から支援付き意思決定への転換という流れで新たな支援のしくみづくりをすることが必要であると提唱した。

◇保佐の改正と選挙権制限の廃止を！

最後に、田山教授は、新井教授の補助を中心とする一元説的考えに賛意を表しつつも、現行の3類型が採用された経過や85%が狭義の後見となっている現状から、保佐制度の改正が現実的との考えを示した。すなわち、現行の保佐制度は民法13条により包括的に行為能力を制限するが、そうではなく、裁判官が個別具体的な事情に基づき、13条各号の事項につき必要なものに限り行為能力を制限する制度に改正すべきだとのことである。また、教授は、同条約との関係で、現行補助制度に定期的な再審査のシステムがないことの問題性や、民法上、後見制度全般につき必要性の原則を明記すべきことを指摘した。さらに、選挙権の制限に関し、外国の例を紹介しつつ、選挙人名簿から外すことは障害者権利条約29条に違反することを指摘し、選挙の公正は、イギリスなどのように選挙管理の責任者が行う本人確認の中で担保すれば足りるとの考えを示した。

さまざまな角度から、障害者権利条約と成年後見が語られ、有意義な報告であった。(森 徹)

パネルディスカッション

総会後の午後は、弁護士の赤沼康弘氏がコーディネーターを務め、パネリストとして石渡和実氏（東洋英和女学院大学教授）、岩井英典氏（公益社団法人成年後見センター・リーガルサポート常任理事・司法書士）、川島聡氏（東京大学先端科学技術研究センター客員研究員）、柴田洋弥氏（社会福祉法人嬉泉主幹、NPO 法人東京都発達障害支援協会政策提言顧問）が登壇し、「横浜宣言と障害者権利条約からみた成年後見制度の課題」のテーマでパネルディスカッションが行われた。

◇障害者権利条約12条と成年後見

川島氏からは障害者権利条約12条について以下の点が述べられた。

- ① 12条では、障害者の権利能力と法的能力を認め、法的能力の行使のための支援とその支援のためのすべての措置を締結国に義務化している。
- ② 行使の支援のための措置の中には保護の視点から代理決定も含まれているが、そこでは代理決定容認と代理決定禁止の議論がある。
- ③ 包括的代理決定を認める日本の成年後見制度は条約に抵触する可能性があるが、制度の全面的改正というよりも、条約の留保あるいは解釈宣言をしたうえでの批准が考えられる。しかし、3類型で画一的な能力制限を認めたままでは留保しても批准できないのではないか。
- ④ 障害者権利条約は自己決定支援の条約とされており、法の下での平等を定めた12条と自立（自律）およびインクルージョンを定めた19条とを組み合わせるべきである。

◇意思決定支援の視点から

岩井氏は、自己決定のためには支援が必要であると述べ、リーガルサポートが実施した取消権行使についてのアンケート結果の速報を踏まえ、包括的代理権の問題点を指摘した。

石渡氏は、代理・代行は抑制ではなく、一緒に

行うことでエンパワメント的支援になる。この意味で、代理権を積極的に位置づけることもありうると述べた。また、類型変更について、能力を医学モデルではなく地域で生きる力ととらえ、定期的に能力を確認していくことの意味を示した。

柴田氏は障害者基本法および本年4月に衆議院で可決された障害者総合支援法に、障害者等の意思決定支援への配慮や成年後見制度利用促進のあり方が加えられたことを紹介した。

赤沼氏からも、包括的でなく個別的な取消権の必要性が述べられた。

会場からは、まず高橋弘司法書士がドイツの裁判所視察を報告したが、その中で、必要性の原則に反してでも本人の意思を尊重し「世話」を終了した事例が紹介された。さらに、竹中勲同志社大学教授は憲法の視点から成年被後見人の選挙権制限違憲訴訟について発言した。特に、「他者決定は（成年被後見人等の）権利であり義務ではない」との説明は自己決定のための支援の必要性を再確認させられた。また、細川瑞子社会福祉士は基本的人権から意思決定の支援の重要性を主張し、選挙権剥奪は能力差別であり成年後見制度のうたうノーマライゼーションに反すると指摘した。

さらに、横浜宣言に関連し、現行の成年後見制度についての課題が各パネリストから語られた。赤沼氏からは、親族後見人のスキルアップ、啓発のため専門職のかかわりの必要性が示される等、長時間にわたる議論が繰り広げられ、大変充実したパネルディスカッションとなった。

（小嶋 珠実）



第9回総会報告

平成24年5月26日(土)午後1時から、明治大学駿河台キャンパスリバティホールにて、本学会の第9回総会が開催されたので概要を報告する。

開会宣言の後、本学会規約12条により、議長を新井誠理事長が務めることが告知された。

◇議案第1号 平成23年度事業報告の件

大貫正男副理事長が事前配布された議事資料に基づき平成23年度に行った事業について説明を行った。

研究調査部門について、学術大会の開催、制度改正研究委員会における研究、判例研究委員会における判例研究が報告された。また、高次脳機能障害に関する研究委員会における4つのテーマについては、それぞれ課題があり、複数年にまたがる事業であるとの報告があった。

さらに学会誌「成年後見法研究」第9号の編集、国際交流活動として台湾の法務部、国立台湾大学、輔仁大学を訪問し成年後見法に関する意見交換を行ったとの報告がされた。

また運営・広報部門については、「じゃがれたー」の発行、ホームページの充実について報告がされた。

以上について、質問はなく、承認された。

◇議案第2号 平成23年度決算報告の件

伊藤佳江常任理事が、前記議事資料に基づき平成23年度の決算報告を行った。

冒頭、議事資料の数字が誤っているが資料作成が間に合わず、後日訂正した決算報告資料を送付するので、口頭での数字訂正になることについて了解を求め、報告がされた。

引き続き、前田稔監査役が、監査の結果、正確なものと認められると監査報告を行った。

以上について、質問はなく、承認された。

◇議案第3号 平成24年度事業計画決定の件

池田恵利子副理事長が、前記議事資料に基づき、平成24年度事業計画案の説明を行った。

基本姿勢は従来どおり、前年度に引き続き学術大会等の開催に向けた検討をするほか、研究委員会については、「制度改正研究委員会」、「判例研究委員会」、「高次脳機能障害に関する研究委員会」が引き続き活動を行うこと、学会誌の編集を行うことが報告された。

また、今年度は国際交流活動として、第2回成年後見法世界会議への取組み、台湾大学との交流、台湾の成年後見制度に関する国際シンポジウムの開催等を行うことが報告された。

さらに、前年度に引き続き、「成年後見制度利用促進法案骨子(案)」の成立に向けた研究・提言活動を行うことが報告された。

運営・広報部門としては、総会の開催、会報の発行、組織強化活動の予定について報告された。

以上について、質問はなく、承認された。

◇第4号議案 平成24年度予算決定の件

伊藤佳江常任理事より、前記議事資料に基づき平成24年度の予算案の説明がなされた。

冒頭、議事資料の数字が誤っているが資料作成が間に合わず、後日訂正した予算資料を送付するので、口頭での数字訂正になることについて了解を求め、報告がされた。

以上について、質問はなく、承認された。

◇第5号議案 法人化の件

高橋弘常任理事より、契約を締結しなければならない事案が増加しつつあること、各種補助金の対象が法人に限定されている傾向に対処するため、本学会を一般社団法人として、本年度中の設立をめざしたい旨、また定款の詳細、設立事務については理事長および法人化検討委員会へ一任することについて説明がなされた。

以上について、質問はなく、承認された。

(井藤 智子)

世話裁判所の審問手続と 日独シンポジウム報告

◇ベルリン WEDDING 地区の裁判所へ訪問

2012年5月4日、ベルリン WEDDING 地区の裁判所にて、被世話人に対する裁判官の審問に同席した。もちろん、裁判官が被世話人に対し、本件審問の際、日本から来た我々の同席につき、被世話人自身の承諾を得たうえでの同席である。

審問事案は、次のとおりである。被世話人は、現在20歳代半ばで、幼い頃から孤児院で育ち、一度は里親の元で生活したが、何らかの事情により再度孤児院へ戻り、成年となった。しかし、このような経緯から満足な教育を受けることができず、判断能力にも困難があった。今回の審問は、被世話人が世話人の判断によらずに自らの判断による生活を送りたいので、世話の終了を求めた事案である。裁判官から被世話人に対し、この自己決定により生活を成り立たせることができるか否かにつき、丁寧な審問がなされた。そのうえで、裁判官は、この被世話人に対し、このような審問が二度となされることのないよう期待する旨の言葉を贈り、審問室から送り出したのである。

◇ドイツ世話法の趣旨

世話法は、成年者のための後見および保護を、「世話」という新しい法制度に置き換えた。そして、本人の自己決定権を尊重し、行為能力剥奪・制限の宣告を廃止した。世話人は原則として被世話人の希望に応じるべきであり、世話人選任は、本人の審問および厳密な事案の解明を要件としている。日本から来た我々は、まさに自己決定権の尊重がなされた審問の場面に同席できたのである。

◇2012年5月3日、日独シンポジウム「世話法の20年間」

アンネ・アルガーミッセン氏（ドイツ連邦法務省、世話法担当課長）から世話の増大によるコストの問題につき、問題提起がなされた。「世話法」

20年間は、130万件の世話人を生み出すこととなった。その結果、ドイツでは、コストの問題に直面している。130万件の世話人が本当に必要なかが今問われているのである。学際的ワーキンググループによる構造上の改革が求められており、世話官庁が窓口となって世話をすべきか、他の予防的な社会福祉的配慮によって世話制度を回避することができないかの判断が重要となっている。

具体的には、世話人を指定する前に他の社会福祉的配慮すなわち福祉給付により世話の制限を義務づける。さらに、ケアや給付内容を官庁から積極的に開示し、コストにかかわるオプションを提案することで改善につなげるとのことであった。

◇日本の成年後見実務

ドイツで見聞した裁判官による審問では、行為能力の制限・剥奪をすることなく、個人の尊厳である自己決定権が尊重されている。これに対し、日本では、裁判官自らが審問を行うことはない。さらに本人の判断能力に関する鑑定も、推定相続人間での争いが存しない限り重視されることはない。つまり、ドイツでの世話実務は、本人の自己決定権の尊重の下に運営されているが、日本の後見実務では、財産管理に偏重し、審問対象が本人ではなく推定相続人に向けられていると言わざるを得ない。

また、ドイツでは、被世話人の増加の結果、コスト問題が最大の難問となっている。しかし、日本では、本人が福祉給付を得るために、成年後見人等が選任され介護契約を締結する必要性が認められる。すなわち、コスト問題以前に、市民後見人養成等、今後の成年後見受任者の増加を図るため、環境整備が求められているのである。

(小此木 清)



イギリス保護裁判所訪問報告



◇ロンドン保護裁判所

2012年4月30日、新井誠理事長ほか総勢11名でロンドン保護裁判所を訪問した。受付・相談・調査・審判に至る全行程で詳細な意見交換を行い、法廷における聴聞への同席、裁判官との質疑応答を行った。

現在、保護裁判所では、月2000件の事件を5人の裁判官が担当し、6%の事件で聴聞を実施し、そのうち財産管理が80%、身上監護が20%である。経験豊富な上級事務官を認定審査官(an authorized officer)という官職に任命し、80%を占める紛争性のない事案で後見開始の決定を含む事務を担当している。1件あたりにかける時間は10分程度、決定が出るまでの期間は数週間から3カ月程度となっている。

裁判所は法定後見と紛争性を有する任意後見のみを取り扱い、その他は後見庁(the Office of the Public Guardian)という別の組織が扱うという役割分担となっている。また、監督や支援は、法定後見・任意後見とも、すべて後見庁が担当するため、裁判所は、判断機関の役割に専念することができる。

裁判所への成年後見申立てに際しては、申立費用として原則400ポンド(4.9万円超)の手数料の納付が必要となる。

法定後見では年1回の報告が必要とされるが、任意後見では、自己決定を尊重する観点から、継続的な報告は不要とされている。また、専門家(Solicitor等)以外の法定後見人には、最高100万ポンド(1.3億円超)の賠償責任保険(ポンド)への支払いが義務づけられているので、本人に財産的な損害が生じることを防止できる。

後見人の担い手は、親族が53%、自治体を含む社会福祉関係者が26%、専門家が21%となってい

る。

◇裁判官との質疑応答等

法定後見・任意後見とも大変よく機能している。当事者の同意を得て聴聞に同席した事案は、後見人候補者を、当初希望した親族から専門家(Solicitor)にしてほしいとするものであった。書記官の立会いの下、担当裁判官がとても暖かくやさしい雰囲気をつくりながら、丁寧かつゆったりとした口調で、申立人の意思確認を行っていた。わが国の家庭裁判所の雰囲気とそっくりで印象的であった。

本人に判断能力がある場合は、本人の意思を支援して決定する(Supported Decision Making)。本人の判断能力がない場合には、代行決定(Substituted Decision Making)せざるを得ないが、できる限り健常時の本人の意思を推認すべきである。推認ができないときは、本人の最善の利益(Best Interests)を考慮して代行決定(Best Interests Approach)すべきであり、個人ではなくチームで判断するとよい。生命の危険を伴うなどの高度な事項について本人の最善の利益を推認するには、リスクと利益の均衡具合を分析し、本人に最も利益となる結論を導き出す方法(Balance Sheet Approach)が利用できる。大学の研究によると、10%の事案で本人に判断能力があるにもかかわらず、最善の利益を考慮した代行決定がなされてしまっていたという。

最善の利益による支援のあり方について、具体的かつ明快な説明を受けることができた、有意義な訪問となったことを記して、締めくくるとしたい。

(高橋 弘)

◆国際シンポジウム◆ 「台湾成年後見制度の現状と課題」に参加して

◇はじめに

2012年7月7日、陳自強・国立台湾大学法律学院教授および黃詩淳・同大学助理教授による国際シンポジウム「台湾成年後見制度の現状と課題」が明治大学において催された。本学会では、2010年7月にも台湾の成年後見制度をテーマとする国際シンポジウムを行ったことがあり、そのときは、2009年11月23日に施行された新しい成年後見制度の紹介が中心であった。今回のテーマは、新たに施行された台湾成年後見制度の現状と課題を日本側に紹介することにある。なお、今回の通訳の労をとったのは、周作彩流通経済大学教授と同大学大学院生のケイ・ショウロウ氏である。

◇シンポジウムの内容

まず、陳教授は、「台湾および中国における任意監護の研究に関する若干の観察」と題して、台湾および中国における任意後見（監護）について報告した。台湾では、新しい成年後見制度の導入に際し、任意後見制度を急ぐ必要はないとの意見が多数を占めたため、任意後見制度は今日まで見送られている。本報告において、陳教授は、任意後見制度を導入していない台湾および中国における民法上の任意後見契約のあり方を検討している。たとえば、民法上の任意後見契約が契約自由の原則から導かれるとしても、当事者の意思は、代理と委任のいずれにかかわるのか、それとも両者にかかわるのかについて問題を提起し、また、任意後見契約の委任者の利益を保護するために受任者の権限を制限することの必要性や任意後見契約における補助制度の活用の有効性を説き、さらには意思能力の問題にも言及して検討を加えている。

次に、黃助理教授は「成年被後見人の利益とは何か——不動産の処分に対する台湾の裁判所の許可から」、と題する講演を行った。台湾民法1101条は、「後見人は被後見人の財産について、被後見人の利益のためでなければそれを使用し、ある

いは代理または同意して処分してはならない」（1項）、「後見人は以下の行為を行う場合に、裁判所の許可がなければその行為の効力は生じない。一 被後見人を代理して不動産を購入または処分すること。二 被後見人を代理して、その居住用の建物またはその敷地を賃貸し、他人に使用させまたは賃借を解除すること」（2項）、と定めている。同条2項は日本民法859条の3を参照して立法されたとのことであるが、台湾民法では、裁判所の許可を要するのは居住用の建物・その敷地に限られていない、という点に特色がある。日本民法の下で裁判所の許可は居住用の建物・その敷地に限られるべきか、について検討を促す報告であった。

◇若干の感想

今回のシンポジウムに参加して受けた感想としてここでは2つあげておきたい。1つは、各国において法制度は異なっているものの、東アジアの地域が抱えている課題には共通する面が多くあるだろうということである。そうだとすると、東アジア地域で抱える多くの問題や課題をその地域の人々の間で議論することが今後重要になってくるように思われる。もう1つは、東アジアの地域が共通して抱えることになる高齢化の問題である。これについては、高齢化をいち早く経験している日本の果たす役割は大きいように思われる。その意味で、日本における成年後見制度や高齢者対策の経験を東アジアの人々に紹介することは意味があろうし、日本側も東アジア諸国の法制度から謙虚に学ぶ態度が必要であろう。

こうしてみると、成年後見制度については、日本成年後見法学会が中心となって東アジア地域のネットワークを構築する時期を迎えているように思われる。

（流通経済大学法学部教授 村田彰）
（同大学大学院修士課程1年 長谷川絢香）

● 私と成年後見 ●

一期一会

その人は、成年被後見人の息子だった。成年被後見人 A（80歳代女性）は夫を早くに亡くした後、女手ひとつで息子を育てたが、脳梗塞を発症し、寝たきりとなった。化粧品販売を生業とする息子（50歳代）は、他人の介入を拒み、1人で A の世話をしていたが、刑事事件を起こして精神科の病院に措置入院となった。私は、介護者不在で緊急入院した A の成年後見人に就任した。今から 9 年前のことである。

◇本当は逃げて帰りたかった

入院中の彼について、通帳がいっぱい入った袋を片時も離さず、誰にもそれをさわらせないとこの事前情報があった。私は A の通帳を預かるために病院を訪れた。大柄な彼の左右に屈強な介護職員が座り、私は大男 3 人と対峙する形となった。彼は、後見開始の審判書謄本を長い時間かけて読んだ後、成年後見人の仕事内容を説明する私の顔をじっと見つめ、拍子抜けするほどあっさりと A の通帳をすべて渡してくれた。この時、彼が A を大事に思っていることがわかった。

◇彼からの贈り物

A の財産を調査したところ、自宅は A 名義だったが、預貯金額は少なかった。入院費は年金額を上回り、早晚預貯金は底をつくことになる。なんとかしなければ。そのとき私は鬼になった。

彼に金策の話ができることを主治医に確認したうえで、私は再び彼と向かい合った。「お母さんの入院費を捻出しなければなりません」。自宅には化粧品の在庫が大量にあった。化粧品か自宅、どちらかの処分を彼に迫った。彼は退院後自宅に戻り、仕事を再開するつもりだった。どちらも今後の生活に欠かすことはできない。悩んだ末、彼が選んだのは化粧品の処分だった。化粧品メーカ

ーは、ぼった屋に商品が流れてブランドのイメージが傷つくことを恐れ、商品を仕入れた値段で買い取ってくれるという。彼は、病院から外出許可を得て自宅に戻り、在庫の一部を売却し、まとまった金額を A の口座に送金してくれた。

その後、A に面会に行った際、お見舞いに来ていた彼と何度か会った。彼はいつも、話しかけても反応のない A の枕元にじっと座っていた。私に気付くと、「子どもの頃、母によく叱られた。怒ると本当に怖かった」とぼつりぼつり思い出話をしてくれた。

◇別れるとき・私のライフワーク

それからしばらくして A は亡くなった。彼と彼の付き添いの介護職員と私の 3 人で最期の見送りをした。死化粧を施された A は、病床にあったときとは違い、見とれてしまうほど綺麗だった。「お母さんは、こんなに綺麗な方だったんですね」と思わず声に出したところ、彼は誇らしげに微笑んでうなずいた。そのとき、彼にとって A は、女手ひとつで自分を育ててくれた恩人であるだけでなく、綺麗で、自慢の母親だったのだと気が付いた。

別れ際、思いがけず、彼が「今まで母が本当にお世話になりました。ありがとうございました」と大きな体を二つ折りにして言ってくださった。彼にとって私は、病院にまで押しかけて金策を迫る、ストレスの元凶だったに違いない。それなのにその彼に深く感謝され、それまでのことが全部報われたと思った。救われたのは私のほうだった。そして私は、後見業務をライフワークにしたい、ライフワークにするだけの値打ちがある、とそのとき思い、現在に至っている。

（司法書士 松前 章代）

～実務現場報告～

認知症の人は財産管理・処分ができなくても「わかっている」

◇鑑定はきちんとなされているか

成年後見制度における鑑定は大変重要な業務であるが、専門医である精神科医にとってもそう簡単ではない場合もある。しかし実際には、鑑定を必要とする人の多さに比べて精神科医が少ないこともあって、精神科医以外の医師の鑑定も可能とされている。同様に“重度”の認知症などは家庭裁判所の判断で鑑定不要とされることもある。非精神科医の鑑定結果や家庭裁判所の鑑定不要がはたして妥当なのか、専門医から見ると本当は心配がある。成年被後見人になれば選挙権も失うのであり、後見該当とされることが人権問題にならないければよいと思うのは杞憂だろうか。

しかし、後見該当との判断が妥当だとしても、人権問題は別なところにもある。成年後見にかかわる人には知っていただきたいことなので、特に認知症の場合について述べてみたい。

◇認知症の人への対応の重要性

認知症の人や家族の生きにくさは、それまでできたことができなくなっていくこと（中核症状）を本人自身だけでなく家族など周囲の人たちも受け入れたくないと思うことから始まる。中核症状の中でも言葉を思うように操れなくなることが一番不自由である。認知症になりゆく不安の中で、会話の場面で今までのように自分から話せなくなる。その結果友人や近所の人との付き合いが少なくなり、社会的に孤立しやすくなり孤独になる。そのうえ、認知症には「わからなくなった」という間違っただけの認知症観が広くあり、認知症の人に周囲から他愛ないことを話しかけたり会話の中に引き入れたりしなくなる。家族の中にも一人ぼっちになって、認知症の人は不安で孤独な世界にいることになる。

一方で家族など身近な人は、認知症の人の記憶違いや言い間違いなどできなくなったことを認めたくない。普通の会話はしなくなるが、「それは

違う」「こうするんでしょ」などと励ましや願望をこめた指摘はする。認知症の人は早い段階からそれらの指摘を「叱られている」と受け止める。周囲の人の指摘に対して認知症の人は答えられないから、次第に周囲の者も苛立ち、認知症の人を無視したり、乱暴な言葉を吐いたり、見下すような態度をとったりすることは珍しくなくなる。それはいわば認知症の人への虐待であり、本来は人権上も問題なのである。認知症の人の不安や孤独を知って話しかけるなどのかかわりを多くすることがとても重要である。

◇身上監護の大切さ

認知症の進行によって認知機能は徐々に低下し、複雑な計算や思考、それに理解力や判断力が衰え、財産の管理・処分することはできなくなる。しかし、自分の物忘れが尋常でないことなどはわかっているし、周りでどんなことが起こっているのかなどもおおむねわかっている。相手の表情や態度から自分を大事にしてくれる人なのか馬鹿にしているのかなど私たちが思う以上に敏感に見抜いている。認知症が高度になっても認知症の人は「わかっている」のである。

成年後見人の仕事としては財産管理と身上監護があるが、身上監護は成年後見制度の大きな柱である。成年後見活動はつまるところ人間対人間の営みであるが、身上監護は単なる社会的契約の手続を代行することではないだろう。成年被後見人の思いを大切にし、その人の立場に立ったかかわりが求められるだろう。

（精神科医 エスポアール出雲クリニック

高橋 幸男）

判例研究

■成年後見人による追認権と追認拒絶権の別行使を認めた事例（東京地判平成16年9月27日・証券取引被害判例セレクト24巻90頁）

〔事案の概要〕

本件の原告である夫 X₁ は元証券会社社員で、株取引に精通し、会社退職後も X₁ 名義の証券取引口座および X₁ の資金による妻 X₂ 名義の証券取引口座を管理・運用していた。夫 X₁ が脳疾患により事理弁識能力を喪失した後、妻 X₂ が両口座を実質上管理していた。X₂ が夫 X₁ の成年後見人に就任した後、夫の入院中、X₂ が看病で手一杯の間に証券会社 Y₁ の社員 Y₂ が、無断で両口座の保有株式を売却し、ほぼ同時に仕手株とされる別株式を購入した。X₂ は、売却行為を追認し、別株式の購入の追認は拒絶した。X₂ は、成年後見人として売却金の支払い・預かりとなっている株式の引渡し・損害賠償請求を東京地裁に提訴した。被告証券会社 Y₁・Y₂ は成年後見人の追認拒絶は信義に反してできないものとして請求を拒否した。

〔判旨の要約〕

東京地裁はほぼ全面的に原告側の請求を認めた。証券口座は両口座とも夫 X₁ の資金で開設され、注文・管理も X₁ によってなされており、妻名義のものは借名口座であり、すべて X₁ の口座であるとした。X₁ が入院後は事理弁識能力を欠いていたので、X₁ 自身による処分行為はなく、また X₂ は看病にかかりきりで、証券取引の経験もなく、X₁ を代理して両口座に関して取引を依頼したこともなかったとして、Y₂ による無断売却・無断購入で無権代理行為であるとした。株式売却と株式購入は経済的関連性こそあっても、法律的な関連性はなく、それぞれ独立した取引行為であるから、X₂ が成年後見人としての立場から、売却行為を追認し、買付行為については投機リスクの観点から追認しないことは何ら信義則に反するものではないとした（仮執行宣言付き確定）。

〔解説〕

○ 口座は誰のものか

本件紛争の最初の論点は証券取引口座の所有者の決定である。銀行口座と同じく①出損と②現実の支配が要素である。本件では、①資金提供と②株式の売買指示をしていたのは X₁ と判断された。妥当な判断である。ちなみに現行法規では、借名口座は、犯罪による収益の移転防止に関する法律（「いわゆるゲートキーパー法」。平成19年3月31日法律第22号）4条により規制されている。

○ 追認と拒否の別行使

最も重要な論点は、成年後見人による株式売却行為の追認と購入行為の追認拒否が、それぞれ別に認められるか否かである。証券会社は問屋であり、売り注文の場合、いったん売却株式を自己名義で取得し、それを売却する。また買い注文の場合、いったん購入株式を自己名義で取得し、それを顧客に売却する。法律上は全く別行為であるとはいえ、経済的には売りと買いはワンセットであり、密接に関連している。この点を鑑みて、被告 Y₁ のように「下がった株は売る、金は返してほしい、もうけ損なった株は買わなかったことにしよう、というのは信義則違反である」との主張をするのも一見妥当にみえる。しかし、成年後見人は、善管注意義務の履行として、追認と追認拒絶の有利・不利を考慮して、権限を行使しなければならない。成年後見制度の趣旨から、取引安全とのバランスよりも、本事案においては本人の利益保護が尊重されるべきである。被告 Y₁・Y₂ に借名口座の容認、公正慣習規則内部規制（当時）に従わない先走った無断売却・無断購入という帰責性が強いので、結論としては妥当と考える。

（平成国際大学教授 中村 昌美）

判例研究**判例研究委員会**

■成年後見人による成年被後見人の預金の横領に家事審判官の監督の違法があったとして国家賠償責任が肯定された事例（広島高裁平成24年2月20日判決・金融・商事判例1392号49頁）

〔事案の概要〕

X（原告・控訴人）の姪Zは知的障害者だったが、Xの成年後見人に選任された。その後、ZはXの預金の横領を繰り返していたが、1年後の第1回後見監督ではZの横領は発見されなかった。ところが、2年後の第2回後見監督で、ZによるXの預金の横領が発見された。そこで、家事審判官はA弁護士を第三者後見人としたが、Zの解任は横領発覚から7カ月後であり、その間もZは預金を横領していた。そこで、AがXを代理して、知的障害者Zの成年後見人への選任および監督に違法性があったとして、国家賠償法1条1項に基づき国Y（被告・被控訴人）に損害賠償請求した。原審（広島地裁福山支部平成22年9月15日判決）は、家庭裁判所調査官には、裁量を逸脱した職務上の注意義務違反はなく、家事審判官も「裁判官の職務行為に国家賠償法1条1項の違法性が認められるためには、当該裁判官が違法又は不当な目的をもって裁判をしたなど……特別の事情が」必要だとして、Xの請求を棄却した。X控訴。

〔判決要旨〕

原判決変更、請求一部認容〔確定〕。家事審判官の成年後見人の選任や後見監督が国家賠償法1条1項の適用上違法となるのは、「家事審判官に与えられた権限が逸脱されて著しく合理性を欠くと認められる場合に限られる」。しかし、家事審判官によるZの解任は、第2回後見監督での横領発覚から7カ月後で、横領の認識後に防止の監督処分を怠ったことは「家事審判官に与えられた権限を逸脱して著しく合理性を欠く」として、第2回後見監督後にZの横領した231万円の損害賠償が認められた。

〔解説〕

本件は、家庭裁判所が知的障害者を成年後見人に選任し、監督が不十分で、成年被後見人の財産が横領され、国家賠償が請求された事件である。成年後見人の選任に際しては、その能力・適性を個別・具体的に家庭裁判所が審査すべきであろう（民法843条4項）。ところが、現実には、成年後見人選任の際のその能力・適性の審査および監督は必ずしも十分ではなく、それが現実化したのが、本件であろう。本件の問題は、第1は国家賠償法1条1項の違法性の考え方であり、第2は成年後見人の選任・監督に関する問題である。まず、公務員が職務上の注意義務を尽くしたときは、国家賠償法1条1項の違法とはならない（職務行為基準説）というのが判例・通説である。さらに、裁判官の行為に関しては、裁判官が違法または不当な目的をもって裁判したなどの特別な事情が必要だとして、国家賠償の要件を一層制限する判例がある（違法性制限説）。本件の原審も、後者の基準によったが、本判決は、争訟の判決とは異なり、後見監督は行政行為に類するとして、前者の基準によっており、適切だと考える。ただし、損害賠償の範囲は、家事審判官が第2回後見監督で成年後見人の横領を発見した後に適切な処理を行わなかったために発生した損害に限定している。成年後見人の横領事件の多発のために後見制度支援信託が導入されるなど、家庭裁判所による成年後見人の選任・監督にあてうる人的・物的資源の制度的な欠乏を考慮すると、Xが上告せず確定しているように、現在の状況では本判決は「妥当な」判決と考えるべきであろう。

（北海道大学教授 藤原 正則）

