

自-4

Trust Sixty Foundation

# 高齢者財産管理に関する法制の研究(I)

—成年後見制度の検討—

トラス60研究叢書

平成3年12月

財団法人 トラス60

## 高齢者財産管理に関する法制の研究（Ⅰ）

### 委員名簿

委員長	米倉	明	東京大学 教授
委員	岡	孝	法政大学 教授
	新井	誠	国学院大学 教授
	道垣内	弘人	神戸大学 助教授
	濱田	俊郎	弁護士
	寺田	逸郎	法務省 民事局参事官
	天野	佳洋	住友信託銀行 法務部
	水澤	慎	財団法人 トラスト60

(順不同、敬称略、役職は本書作成時点)

事務局 財団法人 トラスト60

## 目 次

成年後見制度模索の第一歩（米倉 明） .....	1
—はしがきを兼ねて—	
イギリスとドイツにおける成年後見法の新たな展開（新井 誠） .....	5
オーストリア 成年後見法の新たな展開（岡 孝） .....	35
高齢者との銀行取引（天野 佳洋） .....	56
—意志能力・行為能力を中心として—	
老人ホーム契約の展望（濱田 俊郎） .....	65
—ドイツ、イギリスの現状を見て—	
日本法への示唆（米倉 明） .....	110
—結びを兼ねて—	

# 成年後見制度模索の第一歩

—はしがきを兼ねて—

米 倉 明

わが国において高齢化社会の到来が指摘されてから既にかんりの年月を経た。21世紀に向けて、高齢化の度は高まる一方である。そのような事態を迎えたわが国において、高齢者の財産管理や身上監護の制度は整備されているのであろうか。これらの制度といえ、禁治産・準禁治産を想起するけれども、とても十分な制度とはいいがたく、それにそもそも敬遠されていて、利用度は低いこと周知のとおりである。遠からぬ将来、高齢化が遠慮なく進行して、精神能力の減退しないしはこれを喪失した高齢者が巷に激増したときのことを想像してみると、背筋が寒くなる。そのような高齢者の財産管理さらには身上監護に向けて、制度——成年後見制度——の整備を早急にはかるべきである。

論語によれば、君子に三戒あり、若い時には色欲に、壮年にいたっては鬭争欲に、血気衰えた高齢におよんでは物欲に、警戒せよとのことである（李氏第16 仏訳によると *il se tient en garde contre la passion d'acquérir.*）。ラ・ロシュフコーは、高齢者の向かう仕事のひとつとして「管財」を挙げている（同箴言「引退について」）。

たしかに、精神能力がしっかりしている間は物欲にも管財にもふけることができよう。けれども、いったん精神能力が減退するないしはこれを喪失するにいたるや、悲惨なものである。物欲・管財の成果も悪い者の手にかかってたやすく失われる危険にさらされ、それを本人としてはいかんともしようがない状況に陥る。往々にして家族の間ですらもてあまされて、いいようにあしらわれてしまう。

「何も知らないのは彼だけだ。（中略）この主人が何か家族の困るような取引をしたり、手紙を書いたりしたらどうでしょう。そのときは、皆でそれを握りつぶします。（中略）手紙には悪口が書いてあるのに、誰それはお許しを願ってきましたなどと読み上げるのです。」（モンテーニュ『エッセー』第2巻第8章「父の子供に対する愛情について」（原二郎訳）岩波文庫(二)331～332頁）。

こういうしだいであるから、高齢者といっても、精神能力の減退ないしは喪失という事態にいたった高齢者に焦点をあわせ、財産管理および身上監護の制度つまり成年後見制度を整備しなければなるまい。

ここに「成年後見制度」とは、成年者の財産管理または（および）身上監護をはかるための法律制度をさすものとする。この制度の対象となる者は成年者であって高齢者とは限らないし、また、限る必要もない。ただ実際上は、この制度のいわば利用者としては高齢者が多数を占めることであろう。そこで以下においては、高齢者であって（年齢の限界と

しては65歳以上を想定しておけばよいであろう)、精神能力の減退ないしは喪失にいたった者を念頭におく。また「法律制度」といっても、何らかの単行法や民法典に含まれている規定ばかりではなく、現行規定の解釈、判例、個別の契約、約款をも含めることにする。

\*

本報告書は、成年後見制度に関する、高齢者財産法学研究会のメンバーの研究成果である。私どもとしては、以上のような意味における成年後見制度の整備をはかるべきであり、そのための方策として現行規定の解釈、個別の契約・約款の法的規制等を試みるべきであるが、やはり立法による整備をするにこしたことはないと考えるのである。

眼を欧米諸国に転じてみよう。欧米諸国においては、高齢化社会の到来に対応して、成年後見制度を立法によって着々と整備してきているのである。高齢化社会という点においては欧米諸国にひけをとらないわが国においても、努力を怠ってはならず、もし努力を怠るならば、遠からぬ将来に後悔することになろう。というしだいで、私どもは本報告書の場を借りて、ほんのさきやかながら、成年後見制度研究に向かって一步を踏み出してみようと思案したのである。

以下においてはまず、イギリス、ドイツ、オーストリア三国における成年後見制度一般の発展動向を紹介・分析し、転じて、いわば特殊問題（実務により密着した個別問題というべきもの）の研究として高齢者との銀行取引、老人ホーム契約という二個のテーマを設定して、成年後見制度の問題を——特殊の局面に視野を限定して——考えてみることにした。そして最後に本報告書の総括として、右三国における発展動向および特殊問題の研究から、今後の日本法の進むべき方向について、どのようなことが示唆されているかを述べてみたい。結局本報告書は三部から成るわけであるが、論文の数も少ないので、第一部、第二部などと形式を整えるまでのことはないと思案、論文を単純に配列した。

右に述べたところが本報告書の筋である。ここでいづらか補足しておきたい。

まず、イギリス、ドイツ、オーストリア三国をとりあげたについては2つの理由がある。

ひとつには、成年後見制度の領域において、ここ数年における発展がとりわけこれら三国において顕著であるばかりでなく、任意代理型（イギリス）と法定代理型（ドイツ、オーストリア）というように、法的構成のレベルにおいても注目すべきコントラストをなしていることである（もっとも、両型の相互接近、融合ということがいわれうるのであるが）。

もうひとつには、これら三国については短期間であったにせよ、私どもは実地見聞の機会に恵まれ、まだ公刊されていない情報に直接ふれることができたということである。今回収録した論文には、各論者による取舍の吟味を経たことを前提として、その機会に行ったヒアリングの成果がとり入れられているはずである。制度がスタートしたばかりで、公刊にまでいたっていない情報が多い場合には、ヒアリングによって情報を収集するほかはない。そういう場合であろうとなかろうと、活字になった資料を使わないと研究にならないなどというのはもうやめよう。最新情報はヒアリングを通じてえられるのである。古人もいっていたではないか。「どうしてそんなに活字を信用し耳を信用しないのか。書かれたものだって間違いはいっぱいあるのであって、耳学問に限って間違いだらけなどどうしていえるのか。われわれのばかげたことばでも、印刷にすると権威がつく。私は手よりも口や耳を信用しないわけではない。」と（ほぼ同旨、モンテーニュ『エッセー』第3巻第13章「経験について」（原二郎訳）岩波文庫（六）149頁参照）。今日でもなお活字偏重論者がおられるので、私どもとしては一言しておく必要を感じたのである。

イギリス、ドイツ、オーストリア三国それぞれについては、制度の細目に立ち入ることをむしろ避け、制度の大きな特徴を浮き立たせること、制度運用の実態、機能、残されている問題を明らかにすることに努めた（資料入手の関係から、まだ不十分なものに終わってはいるが）。さらに、各国を担当した論者がそれなりに感得した示唆（日本法への示唆）をも述べておくこととした。

特殊問題についていえば——他にも種々の問題が考えられるけれども、さしあたっては上掲の問題をとりあげることにした。これらの論文はそれぞれの問題分析を通じて、成年後見制度を整備することの必要性を強く訴えかけるものである。

拙稿「日本法への示唆」においては三点をとりあげる。まず、三国における成年後見制度の発展動向について、大きな特徴（取れん<sup>・</sup>の方向とでもいうべきもの）をいくつか指摘する。続いて、それらの特徴にかんがみ、ひるがえって日本法はどうあるべきかを考える。最後に、特殊問題を扱う二論文から、少なくとも私としてはどのような示唆を受けるかについて述べてみたい。

「はしがき」を終えるにあたって、一、二述べておこう。

まず、論文間において見解の統一をはかることはしていない。私どもの研究はまだ始まったばかりで、「統一」ができるほどには熟していないのである。各論者が自由に思

うところを公にし、大方の御教示をそれぞれ受け、それを持ち寄って検討し、研究会としてのさらなる前進のよすがとするのが適当であって、あまり早々と「統一見解」なるものをまとめあげるのは考えものだ、このように私どもは考えた。なお用語にしても、たとえば意思能力、行為能力、精神能力、その低下、減退、喪失など区々なところがあるけれども、読者におわかりいただけると思われるものは統一しないで、そのままにしてある。

次に、未検討の問題は実に多くある。たとえば事務管理制度の活用可能性、定型的行為と精神能力との関係などがそれである。三国の発展動向にしても、まだとらえきっていないところがあり、今後のフォローを怠ることはできない。三国以外の諸国の状況にいたっては、私どもとしてはほとんど白紙に近い。参考にすべき外国法にしても、三国さらにはそれら以外の欧米諸国の法に限る理由はない。欧米諸国の法の動向を知ることはもとより大変有益なことではあるけれども、できることなら、家族形態・家族意識がわが国に比較的近い国（それは欧米にも見出だされるかも知れない）を選び、そこでの動向をフォローし参考にすることに努めるべきだと考える。私どもはこのようになお多くの作業が残っていることを十分に意識しており、大方の御教示に導かれつつ、今後さらに努力を重ね、できるならば、立方要綱の提示におよびたいと考えているのである。

\*

高齢者財産法学会はスタートしてから2年を経過し、その間にヨーロッパを訪れ、今回の諸論文が扱っている問題について、実地見聞する機会をえた。「高齢者」財産法学会だからといって、高齢者が参集しているわけではない。高齢者でない人々から成る研究会なのである。メンバーには、今回寄稿の方々のほか、寺田逸郎（法務省）、道垣内弘人（神戸大学）、水澤慎（住友信託銀行、現財団法人トラスト60）の諸氏がおり、座長は私が務めてきた。研究会の運営については、財団法人トラスト60の多大の御援助を受けた、とりわけ同財団の大口勝氏の御配慮には、メンバー一同感謝のことばを知らない。この機会に厚く謝意を表す。

イギリスとドイツにおける  
成年後見法の新たな展開

新 井 誠

## I はじめに

本稿は、欧米における成年後見法の改革動向を検討し、そこから日本法に対する示唆を得ようとするものであるが、後述するように（Ⅲ1）、私見によれば、欧米における成年後見法の改革動向にも二つの大きな流れがあるように思われる。そこで、本稿ではこれら二つの傾向を代表するものとして一方ではイギリス法と他方ではドイツ法を取り上げて、両者を比較しながら考察することにした。本稿の対象がイギリス法とドイツに限定されているのはそのためである。

なお、本稿は高齢者の後見法上の現代的諸問題を比較法的考察を基礎にしながら究明しようとするものであるが、イギリス法およびドイツ法のいずれにおいても「高齢者後見法」というものが独立した概念として存在するわけではなく、後見法の対象となる高齢者は成年者である「身心または身体障害者」の中に包摂されているので、本稿においても「成年後見法」という用語を用いることにした。

## II イギリスとドイツにおける近時の動向

### 1 イギリス法

#### (1) 改革の必要性

後見法には財産管理と身上監護という二つの制度があるが、イギリス法においては現在までのところ財産管理のみが改革の対象とされてきたので、本稿においても主として財産管理について検討することとした。

イギリスにおける成年後見法の改革議論は、後見人たる財産管理人（receiver）選任手続きの硬直性、その職務に対する裁判所の介入（モニター・監督）等が高齢者の自立自助のために本人の意思を可能な限り尊重しようとする高齢者福祉の理念にそぐわない、との認識から出発している。財産管理人の選任手続き、職務遂行は保護裁判所（Court of Protection）<sup>(1)</sup>の管轄に服するが、たとえば財産管理人としての選任を受けるためには被管理人たる高齢者が意思能力を喪失している旨の医学上の証拠、財産管理人の適格性を証明する供述書の提出が必要であり、財産管理人は選任の条件として相当の担保を提供し、1年に1回財産管理状況報告書を提出し、必要があれば保護裁判所に自ら出頭してその承認を得なければならず、被管理人の財産から保護裁判所に支払う費用もかなりの額にのぼる。

このように財産管理人の選任手続きはかなり煩瑣であり、相当の時間と費用を要し、しかも保護裁判所のコントロールを受けるわけであるが、イギリス法における成年後見法改革の原点はこのようなデメリットを克服することにあった。しかし、イギリス法は後見法自体の改革には着手せず、換言すれば既存の後見法は存置したまま、代理法を修正したうえで、財産管理人に代わる新たな代理制度を創設したのである。ところで、なぜ従来の代理法を修正する必要があったのであろうか。それを理解するためには、イギリス代理法の基本構造について若干検討しておく必要がある。

伝統的なイギリスの代理法<sup>(2)</sup>は、いくぶん比喩的な格言 “Qui facit per alium, facit per se” (「他人の手によってなす者は自らなすなり (代理人の行為は本人の行為)」) に従って本人と代理人とを同一視する原理に基づいている。英国法律委員会がその報告書『無能力の本人 (The Incapacitated Principal)』の中で、イギリス法の一般的な代理原則に言及し、「これらの原則の中でも根本的なのは、代理人によってなされた行為は一般に本人自身によってなされた行為として取り扱う、という原則である。」(Law Comm, No. 122, 1983, p. 2/3) と述べているのは、これと同じ意味である。同委員会はまた、これに関連して「権限授与者の精神的能力の喪失は、原則として自動的に当該権限を撤回させる効果を有し、その結果、代理人はもはや現実の権限を持たなくなる。」と述べ、その理由として、この問題のリーディング・ケースである *Drew v. Nunn* (1878, 4Q.B.D.661) を援用しながら、「ある人の代理人によってなされた行為はその本人自身によってなされた行為として取り扱われるので、代理人は依頼した本人が自身でなすことのできない行為をなす権限を持たない」ことを挙げている。

イギリス代理法では、有効な権限の授与後に本人が死亡した場合でも意思能力喪失の場合と同様の結論が出されている。最近の文献では、この結論が契約上の意思の合致理論 (contractual theory of the meeting of the minds) に基づく論理的帰結とさえ呼ばれている。パウエル (Powell) が次のように書いているのもそのような意味においてである。「代理権の概念は、代理人の行為に対する本人の継続的同意を必要とする。従って、本人が死亡した場合には、同意を生み出した意思は働きを停止しているのであるから、同意の継続は不可能になる」(R. Powell, *The Law of Agency* 2nd ed., 1961, p.338)。

ところで、このような代理権の急激な終了は、確実性の必要を満たすものではない。逆に、重大な損害を引き起こす危険すらある。このため、第三者に代理権終了の事実が通知

されない限り、精神異常になった本人は代理人が本人のために行った行為に対し責任を負うか否かという問題に関しては、意見の対立がみられる。実際、精神異常になった本人の妻または子供が法律を知らずに行為を続けるのも無理からぬことであるし、法律を知りながら無視しようとすることもある。こうした状況において代理人は明白なまたは表見的な権限を有する、と主張されることもあるが、これを否定する論者も多い。意見が分かれる理由は非常に複雑で、英国法律委員会はこの分野を「現行法で最も難しい部分」と宣言している（Working Paper No. 69 (1977) 13）。またフリッドマン（Gerald Fridman）も、その著書『代理法』の最新版（Law of Agency 5th ed., 1983）で「この問題は全く解決されていない。」（p.367）との結論に至っている。代理人が最も必要とされるときに代理関係が失効してしまう危険を始めとするこの種の不確実性が一つの要因となって、英国法律委員会は代理権授与に関する勧告をまとめた。そしてこの勧告に基づいて、1971年の代理権授与法（Powers of Attorney Act）および1985年の持続的代理権授与法（Enduring Powers of Attorney Act）が制定された。最初の法律は一般的な内容で、代理権授与は捺印証書によって行わなければならない、というイギリスの伝統的ルールを確認したものであった（代理権授与法1条）。また、代理権撤回の結果からの代理人および第三者の保護に関して、旧来の規定を改定した（代理権授与法5条）。

## (2) 持続的代理権授与法の概要<sup>(3)</sup>

持続的代理権授与法は英国法律委員会の報告書『無能力の本人』における勧告に基づいて制定され、1986年3月10日に発効し、コモン・ローの原則を修正して、「持続的」（enduring）代理人の選任を可能にした。この法律に基づき高齢者が意思能力のあるうちに代理権を授与しておけば、錯乱したり、さらには痴呆状態になったときでも自分のために働くことのできる代理人の選任が可能となったのである。

持続的代理権授与法はそれ自体完結した法典ではなく、コモン・ローおよび1971年の代理権授与法を補完するものであり、本人の事後的な意思能力喪失後も持続する代理権の創設のみを可能とした法律である。従って、持続的代理権が創設されない代理関係には適用されない。とりわけ、顧客による銀行への支払委託（mandate）は依然としてコモン・ローの原則に従い顧客の意思能力喪失によって終了する。

持続的代理権が授与されるためには、代理権限を保護裁判所に登録しなければならない。また「持続的」代理権というのは、厳密には1983年の精神保健法（Mental Health Act）

で定義された「心神喪失」(mental disorder) 状況の発生後も持続する代理権の意味であるが、「心神喪失」に高齢者の痴呆が含まれることは当然であり、持続的代理権授与法も主として本人が高齢者であることを想定した立法である。本人の意思能力喪失後も持続する代理権を創設するには必ず同法の規定に依拠しなければならない。持続的でない代理権限のみを有する代理人が本人の意思能力に疑義を抱いたときには、代理行為をそのまま遂行してよいかどうかについて法的、医学的助言を求めるか、あるいは財産管理人の選任を保護裁判所に申請しなければならない。

持続的代理権の登録・撤回および裁判所の権限・機能の詳細は持続的代理権授与法施行令(以下、施行令と略)に委ねられている(Count of Protection (Enduring Powers of Attorney) Rules 1986)。持続的代理権授与に関する方式については持続的代理権授与法施行規則(以下、施行規則と略)に定められている(Enduring Powers of Attorney (Prescribed Form) Regulations 1987)。施行令、施行規則はコモン・ローおよび1971年の代理権授与法と一体のものとして解釈されなければならない。

持続的代理権の授与は所定の書式でなされなければならない、本人は代理権授与の時点で意思能力を有し、持続的代理権の意味と内容を理解していなければならない(Re K, Re F [1988] 1 All ER, p.358)<sup>(4)</sup>、18歳以上であることを要する。代理人となる資格を有するのは18歳以上の破産宣告を受けていない自然人または信託会社である。複数の代理人を選任することもできるが、その場合には共同(joint)代理人または連帯(joint and several)代理人となる。共同代理においては代理人は全員で代理行為を行わなければならない、連帯代理においては代理人は単独で代理行為をなす。共同代理人を選任する目的は代理人を相互に監視させようとするものであり、連帯代理人を選任する目的はある代理人が代理行為を遂行しえなくなっても、他の代理人によって代替させようとするものである<sup>(5)</sup>。

代理権は本人の事後的な意思能力喪失によって撤回させられることはなく、本人の意思能力喪失状況の存在が思料されるときには、代理人は代理権の登録を裁判所に申請しなければならない。本人の意思能力喪失によって代理人の権限は効力を生ずる。代理権が登録されるまでは、代理人は持続的代理権限を行使しえない。ただし、本人の利益を保全し、その財産の損失を防止するために必要のある場合はこの限りではない。代理権限は状況によって包括的なものでも、特定のなものでも構わない。本人が欲するならば、代理人は本人が完全な意思能力を有するときにも代理人として行動しうるが、そのときでも本人が意

思能力を喪失したならば保護裁判所に代理権の登録を申請しなければならない。代理人は保護裁判所に登録申請をする前に、本人およびその一定の親族に通知しなければならない<sup>(6)</sup>。登録に異議が申し立てられる<sup>(7)</sup>と、保護裁判所によって異議を審理するための期日の指定がなされ、保護裁判所は同時にそれを通知すべき者の範囲等を決定する。登録がなされる<sup>(8)</sup>と、本人は裁判所の許可なしに代理権を撤回することはできず、その放棄も代理人が裁判所に通知するのなければ無効である<sup>(9)</sup>。また本人は代理権の内容を変更することはできない。

持続的代理権授与法は財産管理を念頭においたものであり、身上監護は対象とされていない。高齢者が意思能力を喪失したときの身上監護は相変わらず後見 (guardianship) 制度によることになるが、この分野での後見制度の不備が目立っており、成年者を対象とした後見法の改正も企図されているようである。

持続的代理権授与法は本人が意思能力を喪失した場合にのみ適用され、本人が死亡した場合には適用されない。すなわち、持続的代理権授与法は、本人の死亡後にまで及ぶ代理権については新しい規則を設けておらず、本人が死亡した場合には伝統的なコモン・ローの原則が依然として妥当している。

なお、持続的代理人と財産管理人とが競合して申請された場合、保護裁判所は本人の自己決定権を尊重する趣旨から持続的代理権の創設を優先させるが、持続的代理人が選任されたときでも、財産管理人を選任する権限は保護裁判所に留保されており、本人と代理人との利益対立が懸念されるときにはその権限を行使することもありうる。また未成年の子供は持続的代理関係における本人にはなれないので、従来通り家事部が関与してくることになる。

表1 持続的代理権授与法に基づく申請と登録

	申請	登録	登録率
1986年	605	350	57.9%
1987年	1466	1118	76.3%
1988年	2215	1667	75.3%
1989年	2822	2020	71.6%
1990年(上半期)	(不明)	1275	—
計		6430	

表2 持続的代理権の年齢別利用率

1901年以前生まれ	26.1%
1902年～1911年生まれ	51.8%
1912年～1921年生まれ	17.0%
1922年～1931年生まれ	3.6%
1932年～1941年生まれ	0.9%
1942年～1951年生まれ	0.5%
1952年以後生まれ	0.1%

### (3) 持続的代理権授与法の運用とその問題点<sup>(10)</sup>

1986年3月10日に持続的代理権授与法が発効してから1990年6月30日までの間に6430件の登録がなされている。申請と登録との対応は表1に示した通りである。申請件数と登録件数との間にギャップがあるのは親族等の異議、本人の死亡または持続的代理権の授与が無効である等の理由で登録の申請はなされたけれども、実際には登録がなされなかったためである。利用件数は年を追う毎に増えており、わが国における禁治産宣告の利用件数が年平均500件程度であることと対比すると、かなりの普及度といえるのではなからうか。

本人についてみると、男性の利用率が24.2%であるのに対して、女性のそれが75.8%となっており、女性の利用者が圧倒的に多い。また年齢別の利用率は表2に示した通りである。代理人の内訳は親族59.0%、事務弁護士(solicitor) 11.7%、信託銀行0.2% (件数としては15件)<sup>(11)</sup>、その他(友人・隣人等) 29.1%となっている。持続的代理人の職務と財産管理人のそれとが競合するような場合、どちらが申請されるかについては、持続的代理人は、財産管理人と比し、保護裁判所主導の硬直的な運用を避けることができ、コスト面でも安上りといえるので、当初の予想としては財産管理人の選任が減少し、その分持続的代理人の選任が増大するものとされていたが、実際には財産管理人の選任件数は急速に減少しているとはいえない。しかし、高齢化社会の進展の割には大幅に増加しているともいえず、ほぼ当初の予想通りといえようか。

同法発効直後の問題<sup>(12)</sup>は、書式が正確に記載されず、その結果、持続的代理権が効力を持たない、というケースが多数みられたことである。しかし、このような事態も新しい、より明確な書式を導入した1987年の施行規則によってある程度改善された。もう一つの問題は登録に対する親族からの異議がきわめて多数なされた、ということである。この問題を解決する試みとしては啓蒙活動、たとえば持続的代理権についての講演、講義等が行なわれており、そこでは本人が後刻のトラブルを避けようとするなら、持続的代理権を創設する前に家族全員とそのことについて十分に話し合うことが必要である旨が強調されることになる。このような努力の結果、同法発効直後の1986年の登録率が50%台に留まっていたのが、それ以降は70%台を維持している。

また最近の実態調査によって、若干の新たな問題点が指摘されるに至っている。

第一に、持続的代理権を授与しても、登録にまで至る件数は授与件数の約20分の1程度である、と推定されており、持続的代理権が有効に授与されていても、登録制度の存在の

故に、実際には代理権が機能させられない場面がきわめて多くある、と指摘されている。登録制度によって保護裁判所が代理人の行為をチェックすることができるので、登録制度の存在は本人の利益に適うものである反面、登録制度が存在することによって、持続的代理権の任意の創設が篩にかけられることになり、自己決定権の尊重という見地からは問題があることになる。

第二に、持続的代理人は登録に際して登録意思の通知を本人に対してもなされなければならないが、それをどのように本人に通知すべきはきわめてデリケートな問題である、と指摘されている。というのは、この通知は本人が無能力者であることを宣告するに等しく、本人に対してそのことを直截に通知することはそれ自体本人に相当の悪影響を与える可能性があるが、だからといってあいまいにしか表現しなければそもそも登録意思の通知とはいえなくなるからである。

第三に、持続的代理権の授与そのものには格別の制約はないので、本人は比較的手軽に持続的代理権を創設しうが、ある者が代理人となることによって利益を得る、特に代理人が本人から贈与を受けるために本人に代理権を授与させるように仕向けることも懸念される、と指摘されているが、持続的代理権授与法は代理権授与の段階で代理権の創設をチェックし、このような濫用の危険を防止するメカニズムを具備しておらず、せいぜい代理権が授与され、登録された後に、本人の代理人に対する贈与を制限しているに過ぎない。

第四に、持続的代理権授与法は財産管理に限定されており、少しでも身上監護の要素が入り込むと同法からは排除されてしまうが、実際問題としては財産管理と身上監護とを峻別するのはきわめて困難である、と指摘されている。

持続的代理権授与法については以上のような問題点が指摘されている。しかし、このような問題点にも拘らず、大方の評価としては同法はうまく機能している、といわれており、職務上代理人となることのある事務弁護士も同法を歓迎しているようである。このような肯定的評価の最大の理由は、従来のコモン・ローの原則を修正したことによって、意思能力を喪失した高齢者の財産管理に法的根拠が与えられた点にある。また同法は契約の一部としての債務の履行が将来にわたるような場合に債務者が途中で意思能力を喪失しても、同法を活用することによって、継続的な履行が可能である、と考えられるようになったが、これは立法者が想定していなかったケースであり、同法が既存の様々な法制度にも適用の余地のあることを示しているものといえよう。

今後の予想としては、手続き面での若干の修正が施されることはあっても、持続的代理権授与法の骨格に大きな変更が加えられることはないように思われる。

## 2 ドイツ法

### (1) 改革の必要性

ドイツ民法（BGB）の成年後見法に関する規定は1990年6月1日の改正法によって全面的に修正されることになったが、ここでは先ず従来の規定を一瞥し、次にそれらの規定がどのような問題点を孕み、改革の必要性が説かれるに至ったのかについて検討したい<sup>(13)</sup>。従って、いかに引用するドイツ民法の条文は改正前のものである。

ドイツ民法6条は、以下の場合には行為能力剥奪の宣告（Entmündigung）をなすことができる旨を規定していた。

- ・精神病または心神耗弱のために自己の事務を処理することができない場合（1号）
- ・浪費のために自己またはその家族が窮迫の危険にさらされる場合（2号）
- ・飲酒癖または麻薬癖のために自己の事務を処理することができず、または自己もしくはその家族が窮迫の危険にさらされ、または他人の安全が脅かされる場合（3号）

「精神病」(Geisteskrankheit)と「心神耗弱」(Geistesschwäche)は法律上の概念であり、そのどちらに該当するかで厳格な制限か、比較的緩やかな制限かの区別がなされる。この区別は行為能力剥奪の効果という点において重要であり、ドイツ民法104条はこのことを明記していた。同条によれば、精神病を理由として行為能力剥奪の宣告を受けた者は契約締結能力を奪われる。つまり当該行為無能力は一切の法的取引に参加することができなくなる。これに対して、同114条によれば、心神耗弱、浪費、飲酒癖または麻薬癖のために行為能力剥奪の宣告を受けた者は、契約締結能力を剥奪されるのではなく、制限される。その能力制限は7歳以上の未成年者に対するのと同等のものである。つまり当該行為無能力者は法的拘束力のある取引に参加することはできるが、単に法的な利益を受けるだけの意思表示を除き、意思表示については法定代理人の同意を得なければならない。ドイツ民法は、行為能力剥奪の宣告に関して第三者の利害による濫用を防止し、その決定を常に公正なものとするために民事裁判所に責任を委ね、民事訴訟法に定められた厳しい手続規則の援用を求めている。これらの規則は、とりわけ申請の対象者本人の尋問および医療専門家の聴問を、裁判所に義務づけていた。

しかし、行為能力剥奪の宣告は、その好ましくない効果（無能力者としてのラベリング、レッドタイプ）の故に次第に敬遠されるようになり、それに代わって現在では「保護」(Pflegschaft)の制度が利用されるようになっていっている。保護には六つの態様があり、具体的には(1)親権者または後見人の行えない事務の処理（ドイツ民法1909条）、(2)身体障害者の行えない事務の処理（同1910条）、(3)成年の不在者の財産管理（同1911条）、(4)胎児の将来の権利保護（同1912条）、(5)不明または不確実な利害関係人の保護（同1913条）、(6)寄附財産の保護（同1914条）がある。このうち二番目の障害者のための保護の制度を障害者保護（Gebrechlichkeits pflegschaft）といい、これは精神または身体の障害のために特定の事務もしくは一定範囲の事務を処理することができない人を補助する手段として立法者により規定されたものであった（同1910条2項）。これは本人の契約締結能力を制限するものではなく、原則的に（本人に理解させることが不可能でない限り）本人の同意を得なければ開始することができない（同1910条3項）。このように障害者保護は原則として本人の同意を必要とするが、本人の同意なく実施される障害者保護を特に「強制的保護」(Zwangspflegschaft)という。これは本来例外的な手段と考えられたものであったが、本人の財産全体の管理や本人の居所を決定する権限に関して利用されることが近年多くなっている。すなわち、事実上行為能力剥奪の宣告に代わる、しかし当該手続きについて厳格な手続規則の適用を受けない代替手段となっているのである。

ところで、行為能力剥奪の宣告または強制的保護のいずれであるのかを問わず、ドイツ民法は、後見人または保護者が本人に代わって追求すべき利益のみを尊重し、本人にはいかなる権利も認めていなかった。後見制度が1900年当時において理解されていた、家族における親の権威を拠り所とした、家族制度をその原型として発足したものであることには疑いの余地はない。従って、後見制度は、本人自身に何らの権利も認めず、大部分後見人の裁量によって確保されるべき利益のみを重視する家父長的権威主義と結びついていたのである。

後見人による被後見人の身上監護は「後見制度の枠内で必要とされる範囲」（ドイツ民法1901条1項）に限定され、後見人は、被後見人を施設に収容させる場合には、後見裁判所の許可を得なければならない、と定められていた（同1631b条）。ドイツ民法は、これ以外には被後見人の身上監護についての規定を置いていなかった。この点において、たとえば「親による子供の監護法」(Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen

Sorge) が1980年に施行され、未成年者の意思決定の権利とそれを尊重すべき親の義務が定められたのは事情を異にしている。他方、被後見人の財産管理については、ドイツ民法はかなり詳細な規定を置いていた。後見人には財産目録の作成義務、その後見裁判所への提出義務、毎年度についての収支報告書の提出義務、一定の財産管理行為については後見裁判所から事前の許可を得る義務等が定められていた。これらの条項の制定に際しては、特に経済的誘因からの濫用が生ずる可能性について配慮されていた、とあってよいであろう。

後見および保護制度に上記のような家父長制的な性格を導入したドイツ民法起草者の基本的姿勢は、後見人また保護人の適格に関する考え方にも顕著に表われていた。彼らは、原則として個人が適格である、と考えた。つまり立法者は、親族、家族、友人、あるいは地域社会の中で尊敬を集めている個人を後見人として想定したのである。この職務を果たすことのできる個人がない場合に限って、民間福祉団体や当局に委ねるべきである、と考えられた。後見制度は、後見人と被後見人との間の人的な関係を基礎とするものである、と捉えられていたわけである。

後見制度は過去どの位の頻度で利用されてきたのであろうか。後見法がこれまで裁判所においてどのように適用され、実際にどのような影響を及ぼしていたのかについては情報が非常に少なく、全体を網羅するようなものはないが、若干の統計データは発表されている (Bundesminister der Justiz (hrsg.), Diskussions—Teilentwurf. Gesetz über die Betreuung Volljähriger (Betreuungsgesetz—BtG), 1987, S.23—25)。

1986年に行為能力剥奪の宣告がなされたパーセントは、精神病を理由とする場合には申請の41.2%、心神耗弱の場合には申請の50.6%、飲酒癖の場合には7.7%であった。浪費と麻薬癖については、それのみを理由として決定が下されることはほとんどなくなっている。行為能力剥奪の宣告は、ほとんどの場合本人が死亡するまで、あるいは少なくともかなり長期間にわたって効力を維持している。行為能力剥奪の宣告が取り消された例は全体の約10%に過ぎない。

1986年12月31日現在、成年者を対象とした後見の総件数は6万6360件、障害者保護は17万6709件 (うち約80%は強制的保護) であった<sup>(14)</sup>。行為能力剥奪の宣告、すなわち後見の件数が近年確実に減少し、その一方で保護の件数が行為能力剥奪の宣告の減少を上回るペースで増加している。行為能力剥奪の宣告または強制的保護の対象者グループの中では高

齡者が平均以上のパーセントを占めている。この比率は、他のグループ（精神病患者および心神耗弱者）に比べて、着実に上昇している。つまり知識や人格水準の低下に直面せざるを得ない年齢に達する高齢者の数がかつてない規模で増え続けているのである。

後見人または保護人には一人の個人が選任されるのが通例であるが、親族や本人に近い者が選任されるケースは全体のほぼ2分の1程度に過ぎず、現在ではむしろ、若干のケースでは同時に250件もの後見や保護を抱えているような弁護士が後見人あるいは保護人となることがある。このような数の案件を抱えていれば、当然のことながら、いかなる形態にせよ個人的に世話することは不可能である。この外、比較的少数ではあるが民間福祉団体に委ねられている事例もあり、その一部のケースではかなりの個人的な世話がなされている。非常に深刻な事例の大部分は、公的後見（Amtsvormund）または公的保護（Amtpflegschaft）という形で最終的には当局によって処理されている。これらの事例の場合、件数が多過ぎる（一人のスタッフにつき100～200件）うえに、十分な資金、支援がなく、個人的な世話を行おうとする当局スタッフの意欲も損なわれがちである。

手続きに関しては、多数の保護事例において、最高裁判決が要求しているにも拘わらず、対象者本人に尋問の機会が与えられていないことを指摘しなければならない。また、行為能力剥奪の宣告の場合にはほぼ常に詳細な精神科医の意見が求められるのに対して、強制的保護の場合には非常に大まかな診断所見程度のものを記載した病院またはナーシングホームの医師の宣誓供述書で済ませられることが多いことも忘れてはならない。

以上のことを踏まえて、従来の後見法に対する批判としては、以下の論点を挙げることができる。

①行為能力剥奪の宣告は、医療処置による本人の心身状態の改善の可能性について顧慮することなく、全面的にかつ大半の場合には永続的に本人を子供のレベルにまで引き下げるもので、差別的効果および医療阻害的効果を伴う。これは、大多数の事例において、本人やその家族を保護するため、または本人のなす法律行為を保護するためという理由により正当化されるものではない。従って、これは憲法に基づく相応の原則（Grundsatz der Verhältnismäßigkeit）に反している。多くの事例において、支援措置（後見人または保護人の選任）と行為能力の喪失または制限を自動的に結びつけることは正当化されない。

②本人の生存権、福祉（生活条件、プライバシー、健康、社会的接触）に比して、財産上の利益に対する比重が大き過ぎる。

③本人と後見人または保護人との関係において、後見人または保護人の行使する権限の範囲が広範に過ぎる。

④正当な法の手続きを受けることのできる本人の権利が十分に保護されておらず、医師の意見の質も不十分である。

⑤後見人の職務遂行の方法が適正に確立されていないため、多数の事例において個人的な世話が不可能であり、従って、本人は単なる管理の対象とされている。

## (2) 成年者世話法の概要

(1) において述べたような新たな立法の必要性に基づいて、1990年6月1日に成年者世話法 (Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige) が成立したが、ここでは先ず同法成立までの立法経緯を簡単に振り返っておきたい。

具体的な法改正を求める要請<sup>(15)</sup>は、特に1970年以降理論と実践双方の立場から提出され、これを支持する民間の社会福祉団体や政党等の主張は強まるばかりであった。これを受けて旧西ドイツ司法省は、法律および精神科の専門家に鑑定を求め<sup>(16)</sup>、また裁判所における実際の法律適用状況についての調査も専門家に依頼した<sup>(17)</sup>。1986年には法律家と精神科医から成る諮問グループの協力を得て、改正法の基礎作りに着手した。このような推移を経て、司法省は1988年の初めにそれまで実施されてきた行為能力剥奪の宣告、後見および保護の法制に代わるものとして「成年者世話法——討議のための部分草案」(Diskussions——Teilentwurf. Gesetz über die Betreuung Volljähriger) を提案した。1988年9月マインツで開催された法曹大会 (Juristentag) においてもこのテーマが取り上げられ<sup>(18)</sup>、ほぼ全会一致で法改革の必要性が承認された。旧西ドイツ政府は法曹大会において提出された批判等を踏まえて1989年2月1日法改正のための政府草案 (Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige, Betreuungsgesetz——BtG, BR-Drucks. 59/89)<sup>(19)</sup>を連邦参議院に提出した。連邦参議院は同年3月10日政府の法改正の企図を基本的には諒承したが、81箇所の変更、補充提案を行った。政府草案は5月11日これらの提案とそれに対する政府の見解を付して (BT-Drucks. 11/4528) 連邦議会に送付され、連邦議会は同法委員会が作成した政府草案と連邦参議院の提案との調整案 (BT-Drucks. 11/6949) を1990年4月25日に可決し、同年6月1日に連邦

参議院の同意を得て、改正法<sup>(20)</sup>は成立したのである<sup>(21)</sup>。改正法は1992年1月1日に施行の予定である。

改正法は3本の柱から成り立っている。すなわち、①行為能力剥奪の宣告制度ないし後見制度に関する基本的考え方および用語法の変更、②対象者を支援する組織の設立、③手続法の改革である。

①については、行為能力剥奪の宣告制度が廃止され、従来の成年者に対する後見および保護は「世話と支援」(Betreuung)という新しい法制度によって取って替えられた。そして、従来の後見制度とは異なり、世話人(Betreuer)が選任されても、被世話人(Betreute)の行為能力が自動的に剥奪または制限されるわけではなく、個々の事例において必要な場合に限ってのみ、裁判所は世話人に同意権を付与することができる。身上の世話が重視され、世話人は被世話人の意向を基本的には尊重しなければならない。医療行為、施設への収容、住居の明渡し等については規制が強化され、強制不妊手術および未成年者に対する不妊手術は禁止される。同意しうる能力のない成年者の不妊手術に対する世話人の同意は、緊急状態のような例外的な場合においてのみ許されるものとする。

②については、一人または複数の自然人を選任しただけでは世話と支援が十分でないときには、裁判所は法人である世話人協会(Betreuungsverein)を世話人に選任することができる。そのための組織を設立するものとする。

③については、世話人の選任には被世話人を含む当事者から直接意見を聴取しなければならない、詳細な鑑定を必要とする。世話人は最長でも5年毎に新たに選任されなければならない。当事者は行為能力の有無に関係なく手続能力を有するものとする。必要な場合には当事者の手続補佐人(Verfahrenspfleger)を置くことができる。このような手続法上の改革を行うために、民事訴訟法および非訟事件手続法の両法に規定されていた条項が整理され、統一的な非訟事件手続法に取って替えられた。

以下、改正法の内容をやや詳しく検討したい。

先ず指摘されなければならないのは、改正法が行為能力剥奪の宣告制度を定めていないことである(ドイツ民法6条・104条3号・114条は削除された)。従来の後見および保護に代わる統一的制度として改正法は、各事例の必要に応じて支援と干渉を柔軟に組み合わせることのできる「世話と支援」の制度を定めている。この制度の下では、成年者が心身的疾病(psychische Krankheit)または身体的、精神的もしくは心因的障害のために自己の

事務の一部または全部を処理することができない場合、本人の申請または職権のいずれかにより、新しい法律用語である「世話人」が選任される（同新1896条1項）。裁判所は、裁判上および裁判外で被世話人を代理する世話人の職務を決定する（同新1897条1項・1902条）。世話と支援は、あくまでも被世話人に対する助成措置であり、法定代理人の選任を伴わない他の手段により同様に本人を援助することができる場合には、裁判所はこの措置を決定することはできない（同新1896条2項）。この意味において「世話と支援」は補充的性格を持つ。新しい制度の下では、被世話人の行為能力は原則として制限されない。例外的に制限されるときには、法律行為の行う能力の制限が必要であるか否かについて、裁判所は各事例毎に特別の検討を加えることになる。「後見裁判所は被世話人の身上または財産に対する重大な危険を回避するために必要な限りにおいて、被世話人が世話人の職務範囲に関する意思表示をなすにあたっては世話人の同意を得るように被世話人を義務づけることができる」（同新1903条1項）。

ドイツ民法新1901条は、世話人との相互関係において、支援を受ける被世話人の尊厳を重んじ、市民としての権利と個人としての自由を保護することを企図し、次のように定めている。「世話人は、被世話人の福祉に適うように被世話人の事務を処理しなければならない。被世話人の福祉には、自己の能力及ぶ範囲において自己の願望と考え方に従って生活する可能性も含まれる」（1項）。「世話人は、被世話人の福祉に抵触せず、かつそれが世話人に対して過度の要求とはいえない限り、被世話人の願望に従って行為しなければならない。（中略）世話人は重要な事務の処理に際しては、被世話人との協議が彼の福祉に反するものでない限り、被世話人と事前に協議しなければならない」（2項）。改正法は、被世話人の生活を形成する自由および憲法に基づく個人としての権利にとりわけ重大な影響を与える世話人の特定の決定（生命の危険を伴う医療処置、不妊手術、自由の剥奪を伴う強制収容、住居の明渡し等）について具体的な規制を課している。改正法は、このような決定には厳格な実定法上の要件と結びついた後見裁判所の許可を義務づけている（同新1904条～1908条）。被世話人はいかなる形態においても婚姻および遺言能力を奪われない（同新1903条2項）。

改正法は、世話人には原則として自然人を選任しなければならない、法人は例外的にしか世話人に選任することはできない、とする条項を盛り込んでおり、従って、福祉団体や当局は後見裁判所に対して個人的に責任を負う世話人個人を支援するという形で関与するの

が原則である（ドイツ民法新1897条1項・2項）。これは、世話人と被世話人との関係をあくまでも個人的な性質のものと考えているからである。民間福祉団体や当局によるケースワーカーの選任を認めると、このような団体や当局の都合で世話人が任意に変更させられることになり、世話人と被世話人との関係の個人的な性質が損なわれるおそれがある。改正法はまた被世話人が収容されているか居住している施設、ホームまたはその他の組織と依存関係にある者、またはその他の緊密な関係にある者は世話人として選任できない旨を定めている（同新1879条3項）。これは、過去幾たびも取り沙汰されてきた、世話人の側における利害の対立の問題を事前に回避するための規定である。新しい世話人制度の下においては、弁護士あるいは労働過多の福祉職員が片手間の仕事としてこの職務を行うことはもはや許されないというのが立法者の意思であることは明白であろう。従って、この制度は多数の世話人の確保を前提としており、人手不足が懸念されるが、増大することが予想される世話人のリクルートを可能にし、そのレベルの維持をはかり、監督を実効的なものにするために改正法は福祉団体の活動を重視している（とりわけ同新1908f条1項）。

世話人選任手続きについては民事訴訟法および非訟事件手続法の改正がなされるが、ここでは被世話人の法的地位が強化され、この点についてこれまで対象者本人に適用されてきた手続きに比して、より厳格に定められることになった。新しい規定は、尋問の範囲を拡大すること、殊に特定事例における手続補佐人の選任を義務づけることに重点を置き、被世話人自身の信頼する者の支援を得る機会を被世話人に与えている。この方向転換は裁判所の調査手続きについても同様で、その分野に知識のある専門機関の支援を得ることが義務づけられる。このような専門家の意見は、法に基づく世話と支援の必要性の医学的、心理学的および社会的側面をカバーするものでなければならない。「世話と支援」の決定には一定の期限を設けなければならない（最高5年）、その期間が経過したときには最初の手続きと同じようにして再度、裁判所の決定に付されることになる。

### (3) 成年者世話法の問題点

成年者世話法の草案は連邦議会において全会一致で可決されており、このことは全政党がこの改正法に賛意を表明したことを意味しており、また後見裁判官のグループもこれを歓迎する旨を言明している<sup>(22)</sup>。改正法は世論の圧倒的な支持を得ているものといえよう。しかし、問題がないわけではない。もちろん成年者世話法は未だ施行されていないので、

その運用上どのような問題が生じてくるのかは当然のことながら不明である。それでもなお現時点においても既に惹起することが予想される二つの大きな問題がある。先ず、世話人のリクルートは果たして可能なのだろうか。(1)において述べたように、1986年12月31日の時点で後見と障害者保護の件数は併せて20万件を超えていたが、このような膨大な事例のすべてに改正法の趣旨に合致した、木目のこまかな対応をしなければならない世話人を選任することはかなりの困難を伴うように思われる。従って、世話人個人を支援する世話人協会の積極的な活動が期待されることになるが、1992年1月の改正法施行までにどのような体制が現実に整えられるのかを注目したい。次に、改正法に規定された種々の施策を実現するためには相応の資金（年間2億マルク程度）が必要であり、これは各州の負担とされているが、両ドイツの統一直後でもあり、その資金の手当がどのように行なわれるのか改正法の成功不成功を左右することになろう。

(1) 保護裁判所は、組織を変えながらも既に600年以上も存在し、精神的条件の故に財産の自己管理のできない者の財産保全を目的としている。保護裁判所はイングランドおよびウェールズの最高裁判所の下にある組織であるが、その三部門（女王座部、衡平法部、家事部）のいずれかの一部を成すものではない。もっとも、必要に応じて衡平法部の裁判官が保護裁判所の裁判官を兼ねることがある。ただ実際に保護裁判所の係争が衡平法部に移されることはほとんどない。というのは、保護裁判所における法律的問題はほとんどすべて所長（Master）と副所長（Assistant Master）によって処理されているからである。

(2) イギリス法の問題状況については、簡にして要を得た検討を行っている、Wolfram Müller-Freienfels, *Durable Powers of Attorney: The Continental Perspective*, A Paper read at the VIth World Conference of the International Society on Family Law in Tokyo, April 1988 p.3-6 に依拠した。この報告原稿は未公開であるが、未公開のままこのような形で紹介することについては、著者からの1988年8月26日付の著者宛私信で了解を得ている。なお、Müller-Freienfels, *Die Altersvorsorge—Vollmacht. Studie zur Vollmachtserteilung über Minderung der Geschäftsfähigkeit hinaus*, in: *Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag Band II*, 1982 s.395-422 もほぼ同一のテーマをより詳細に分析しているが、報告原稿の方が新しいデータを収めているので、主としてそちらを用いることにした。

(3) 持続的代理権授与法の概要については、Norman Whitehorn, *Court of Protection Handbook*, 8th ed., 1988, p.103-104 および1989年8月24日、1990年8月3日の両日ロンドンのCourt of Protection で実施した同裁判所の Master と Assistant Master に対する聴き取り調査に基づく。

(4) K 事件においては本人が持続的代理権を授与しうするためには、その意味と内容をどの程度

まで理解している必要があるのかが争点とされたが、そこでは、先ず本人が限定的でない包括的な権限を授与した場合、(i)代理人が本人の事務について完全な権限を取得すること、(ii)代理人は本人がなしたであろうすべての財産上の行為をなすこと、次に本人が無能力となった場合、(iii)権限が持続すること、(iv)権限は撤回不能となることの4点を本人は理解していなければならない、とされている ([1988] 1 All ER, p.363)。

(5) Stephen Cretney, *Enduring Powers of Attorney*, 2nd ed., 1989, p.83.

(6) 本人および他の代理人の外、本人の以下の親族には登録意思の通知がなされなければならない。

- (a) 本人の配偶者
- (b) 本人の子
- (c) 本人の両親
- (d) 本人の全血または半血の兄弟姉妹
- (e) 本人の子の寡婦または継夫
- (f) 本人の孫
- (g) 本人の全血の兄弟姉妹の子
- (h) 本人の半血の兄弟姉妹の子
- (i) 本人の全血の伯叔父母
- (j) 本人の全血の伯叔父母の子

通知を受け取る資格があるのは(a)から(j)の優先度に従い3名以内の者である。ただし、当該クラスに1名以上の該当者がいる場合にはそれらの者はすべて資格があるものとする。

(7) 持続的代理権授与法6条5項に基づく登録に対する異議には施行令8条1項に従って以下の事項が記載されていなければならない。

- (a) 異議者の氏名および住所
- (b) 異議者が本人でないときには、本人の氏名および住所
- (c) 異議者と本人との関係
- (d) 代理人の氏名および住所
- (e) 持続的代理権の登録に異議を申し立てる理由

異議は以下の1つまたは複数の理由に基づいてなされる。

- (f) 証書によって創設されたと主張される権限は持続的代理権限としては有効ではない。
- (g) 証書によって創設された権限はもはや存在しない。
- (h) 本人は未だ意思能力を喪失していないので、申請は時期尚早である。
- (i) 本人が権限を創設する際に詐欺または不当威圧が用いられた。
- (j) 諸般の事情、なかんずく、代理人と本人との関係を配慮すると代理人は本人の代理人としては不適格である。

(8) 登録それ自体は持続的代理権授与証書の効力要件ではないが、登録が持続的代理権授与法、施行令および施行規則の要件に合致しないとき、または当然のことながら1983年の精神保健法に基づき本人のための財産管理人を選任する命令が有効に存在するときには裁判所は登録を拒絶す

ることができる。しかし登録に対する異議がなく、また異議が撤回されたり、却下されたりしていれば、持続的代理権は登録されることになる。裁判所は登録日を印章捺印して、コピーを保存した後、証書の正本を申請者である代理人に返却する。

(9) 登録の効果は以下の通りである。

(a) 本人による代理権の撤回は、持続的代理権授与法 8 条 3 項が定めた場合を除き、無効である。

(b) 代理権限の放棄は、代理人が裁判所にその旨を通知するまでは効力を有しない。

(c) 本人は代理権限の範囲を変更しえない。

裁判所は持続的代理権授与法 8 条 1 項、2 項に基づき以下の権限を有する。

(d) 代理権限の意味または効果に関する問題を解決すること

(e) 本人の財産および事柄についての代理人による管理または処分、代理人による勘定、代理人の報酬および諸費用の支払いに関して指図を与えること

(f) 代理人に情報の提供または書面の提示を求めること

(g) 代理人が意思能力のある本人から得ておくべきであった行動に対する同意または許可を与えること

(h) 持続的代理権授与法 3 条 4 項、5 項に基づく場合を除き代理人が代理人自身またはその他の者が利益を得ることを許可すること

(i) 代理人の義務違反のために生じた責任から彼を解放すること

本人が意思能力を喪失したか、喪失しつつあると信ずるに足る十分な理由が裁判所にあるときには、裁判所は登録申請がなされる以前であっても権限を行使しうる。

(10) 持続的代理権授与法の運用とその問題点については、前掲 Court of Protection での聴き取り調査および 1990 年 8 月 2 日にプリストル大学で実施した同大学 Cretney 教授主宰の持続的代理権授与法実態調査プロジェクト・チームのスタッフに対する聴き取り調査に依拠した。

(11) 拙著『財産管理制度と民法・信託法』（平成 2 年、有斐閣）139 頁において「信託会社の例は現在までの所存在しない。」と述べたが、これは誤りで「銀行員」というのが実は「信託銀行」のことであったので、ここで訂正しておきたい。

(12) 持続的代理権授与法施行後の運用上の問題点については、P. D. Lewis, *The Enduring Powers of Attorney Act 1985*, *The Law Society's Gazette*, 26 November 1986, p.3566-3568; *The Enduring Powers of Attorney Act 1985—Twelve Months On*, *The Law Society's Gazette*, 29 April 1987, p.1219-1221 が網羅的に取り上げている。

(13) ドイツ成年後見法の改革の必要性については、簡にして要を得た検討を行っている Gisela Zenz, *The End of Guardianship for the Elderly? Facts and Objectives in Current Discussions on the Proposed Reform Legislation in the Federal Republic of Germany*, in : *An Aging World. Dilemmas and Challenges for Law and Social Policy*, 1989, p.610-614 に依拠した。なお、Zenz 教授のご好意により入手した英文の基になったオリジナル原稿 (*Betreuung statt Bevormundung—zur Reform des Vormundschaftsrechts in der Bundesrepublik Deutschland*) およびその仏訳原稿 (*L'assistance au lieu de la mise en tutelle—observations relatives*

à la réforme du droit de tutelle en République fédérale d'Allemagne) を参照した。

(14) 若干古い統計であるが、旧西ドイツにおける後見および保護に付された成年者の数は下に掲げる通りである。

	1981年	1980年	1979年	1978年	1977年	1976年	1975年
後見総件数	74225	76479	75140	72791	71516	70522	69123
公的後見	14808	14896	14276	14175	12967	12147	11295
個人後見	54162	56273	55794	53487	53999	53685	53586
社団後見	5255	5310	5070	5129	4550	4690	4242
保護総件数	151597	146271	142003	131823	122687	119757	115109
公的保護	23544	21896	19970	20190	16686	14955	13590
個人保護	122735	118907	116742	107377	101920	101251	98579
社団保護	5318	5468	5291	4256	4081	3551	2940

Statistisches Bundesamt Wiesbaden, Fachserie 13, Reihe 6, Öffentliche Jugendhilfe 1975-1981 により作成。

(15) Bericht über die Lage der Psychiatrie in der Bundesrepublik Deutschland, BT-Drucks. 7/4200 und 7/4201, 1975 ; Ulrich Hellmann (hrsg.), Beiträge zur Reform des Vormundschafts- und Pflegschaftsrechts für Menschen mit geistiger Behinderung, 1986.

(16) Bundesminister der Justiz (hrsg.), Gutachten zur einer Neuordnung des Entmündigungs-, des Vormundschafts und Pflegschaftsrechts, 1986.

(17) Gisela Zenz, Barbara von Eicken, Ellen Ernst, Cornelia Hofmann, Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige. Eine Untersuchung zur Praxis und Kritik des geltenden Rechts, 1987.

(18) Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentages, Bd. 1, Gutachten B/C, 1988; Bd. 2, Sitzungsberichte, 1989.

(19) 鈴木禄弥=鈴木ハツヨ「西ドイツ連邦の『成年者の世話に関する法律草案』について」判タ724号(平成2年)39—47頁は政府草案を訳出しており、有益である。その外、邦語文献としては神谷遊「西ドイツにおける成年後見制度の改正について」京都学園法学創刊号(平成2年)98—123頁がある。

(20) 改正法の概要については、Dieter Schwab, Das neue Betreuungsrecht. Bericht über die verabschiedete Fassung des Betreuungsgesetzes (BtG), Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1990, Heft 7, S.681-693 が目下のところ最も簡にして要を得たまめを行っている。邦語文献としては、神谷遊「ドイツにおける無能力制度および成年後見制度の新展開」ジュリ967号(平成2年)82-93頁がある。

(21) 政府草案が改正法として成立するまでにどのような変更がなされたかについては、vgl. Schwab, a. a. O., S.685-691.

(22) Vgl. z.B. Ulrich Schumacher, Hans-Erich Jürgens, Ulrike Mahnkopf (hrsg.), 1. Vormundschaftsgerichtstag vom 26. bis 29. Oktober 1988. Materialien und Ergebnisse, 1989, S.203-228.

### III 比較法的動向の分析

#### 1 改正法の性格

イギリスの持続的代理権授与法およびドイツの成年者世話法の中核にある考え方は、高齢者の自己決定権の尊重である。従って、両法の基本的な理念は同一のものである、といえよう。このような基本的な理念の背後には、ノーマライゼーションという考え方があるように思われる。これは、元来、障害者について1950年代の終わりに北欧で初めて提唱されたもので、その後欧米においては一般に定着した、といわれている。障害者を特別のグループとして隔離するのではなく、可能な限り社会の一員としての生活を送らせようとするのがこの考え方であり、具体的には施設ではなく地域社会に連れ戻して普通の生活を送れるような環境・条件を作り出そうとするのである。この考え方は今日では障害者のみならず、高齢者にも応用可能である、と主張されており、高齢者を特別視せず、普通の社会の営みの中に普通に参加させることが望ましいものであることは欧米においては広く承認されてきているように思われる。ノーマライゼーションという考え方は、一方では高齢者の社会参加の機会を拡大させ、他方では権利義務の応分の負担を求めようとするものであるが、いずれにせよ本人の意思（自己決定権）の尊重という基本的な理念から出発している。1980年代に入って欧米各国が競って成年後見法の改革作業に着手したのも<sup>(1)</sup>、ノーマライゼーションという考え方が福祉の分野のみならず、法律学の分野にも少なからず影響を与えてきたことの産物といってもよいであろう。

このようにイギリス法、ドイツ法は共に自己決定権の尊重を基礎としている。しかし、その顕現の仕方は両法においては一見まったく異なるように思われる。

イギリスの持続的代理権授与法は任意代理法から出発しており、従って、インセンティブはあくまでも私的自治に立脚した任意代理法にあるが、任意代理法におけるコモン・ロー上の原則を修正するのが同法の目的である。この修正に際しては、代理権授与に関して

かなり厳格な法定の形式・書式等を要求し、代理権授与が裁判所の登録事項とされ、代理権授与に対しては親族の異議が認められ、さらには代理人に対する裁判所の広範な監督権が認められており、当事者の私的自治は大幅に制約されている。その結果、持続的代理権は形式的には任意代理ではあっても、実態的には任意代理の要素をほとんど含んでおらず、むしろ法定代理の色彩がきわめて強い、といえるのではなからうか。このことを「任意代理の法定代理化」といってもよいであろう<sup>(2)</sup>。「任意代理の法定代理化」の帰結として創出された持続的代理の性格を、これまでの任意代理か法定代理かという二者択一で割り切ることは適切ではなく、むしろ任意代理と法定代理とがミックスされた、第三の新しい代理形態と位置づけるべきではなからうか。

これに対して、ドイツの成年者世話法は後見法から出発しており、従って、インセンティブはあくまでもパターンリスティックな介入を基盤とした後見法にあるが、後見法における後見的関与を極力排除しようとするのが同法の目的である。このために、補充性の原則によって後見法の役割を可能な限り限定し、仮に新しい世話人制度に依拠するときでも後見的関与が前面に出るのではなく、本人の意思が何よりも尊重されなければならない、従って、世話人は被世話人の意思を可能な限り尊重して、その手足となって行為することが想定されており、形式的には法定代理ではあっても、実態的にはむしろ任意代理にきわめて類似したものである、といえるのではなからうか。このことを「法定代理の任意代理化」といってもよいであろう。「法定代理の任意代理化」の帰結として創出された世話人による法定代理の性格を、やはりこれまでの任意代理と法定代理との二者択一をもって理解すべきではなく、これもまた任意代理と法定代理という二つの形態が混在した新しい任意代理と位置づけるべきであろう。

小括すれば、イギリス法は任意代理法から出発し、ドイツ法は後見法から出発しており、それらの出発点はまったく異なる<sup>(3)</sup>が、両法は、自己決定権の尊重という共通の理念を達成するために、任意代理と法定代理とがミックスされた、新しい代理制度の創設という同一の結果に至っているように思われる。

ところで、イギリス法の「任意代理の法定代理化」はコモン・ローといわれる法系の内部においてもかなり特徴的であるので、その点について若干言及しておきたい。持続的代理権授与という概念の立法化は、1950年代初期のアメリカ・ヴァージニア州の制定法をもってその嚆矢とする（アメリカでは enduring power of attorney = EPA ではなく、

durable power of attorney という) が、その後、統一持続的代理権授与法 (Uniform Durable Power of Attorney Act)、統一検認法 (Uniform Probate Code) と続き、現在 4 分の 3 を超える州が持続的代理権授与を承認する制定法を有している。このようなアメリカの動向はカナダ、イギリス、オーストリアの立法当局にも強いインパクトを与え、アメリカ法に倣った立法が既になされたり、あるいはその準備が進められている。持続的代理権が急速に普及した理由としては、以下の 4 点を挙げるができるであろう。先ず、高齢者の世話をしてきた親族等の代理人は本人のことに通暁しており、またおそらくは本人からも信頼されているので、当該代理人が本人の無能力後も代理事務を継続するのが最も手っ取り早い手段である。次に、後見人選任手続きに要する時間・費用、煩わしさを回避し、プライバシーも守りたい、という当事者の希望がある。第 3 に、本人の意思能力喪失時点を確定するのはしばしば困難であるが、持続的代理人であれば、たとえ本人が意思能力を喪失していても代理権限を有するので困難な意思能力の有無の判定を敢えて行う必要がない。最後に、持続的代理権は一般の法意識とも合致した制度である、と考えられている。法律の専門家ではない者が代理人である場合、当該代理人には、本人が意思能力を喪失しても通常の代理事務を行いうる権限が授与されている、という確信があるし、場合によっては専門家の間にも同様の誤解がある。従って、持続的代理権授与の立法化は一般人のこのような確信をいわば合法化する作用を営むことになる。

以上の 4 点が持続的代理権が急速に普及した理由であり、これらは同時にそのメリットでもある。しかし、デメリットがないわけではない。持続的代理人は本人の意思能力喪失後も継続して代理事務を行う権限を有するので、代理人がその権限を濫用する危険性が大きい。そこで、それをチェックする仕組みが必要であり、それを保護条項またはセーフガードの問題というが、持続的代理権を承認する場合でもどのようなセーフガードが必要であるかは議論が分かれている。1983年の英国法律委員会の報告書によれば、保護条項の核は次の 3 点にある<sup>(4)</sup>。

(a) 代理権が本人の意思能力喪失後も存続することを欲する旨の本人の言明が代理権授与証書に含まれていること

(b) 本人の署名が代理人以外の者を証人として立ち会わせたくえでなされていること

(c) 持続的代理権が裁判所またはその他の公的機関によって終了させられうること

アメリカおよびオーストラリアにおいてはほぼ上記のようなセーフガードを採用することに

よって、持続的代理権の濫用をチェックしようとしている。しかし、1985年のイギリスの持続的代理権授与法はこれだけでは不十分であるとして、さらに徹底した保護条項を盛り込んだのである。II 1(2)において既述のように、代理権限の裁判所への登録（同4条1項、2項）、本人や親族への登録意思の通知（同4条3項）、裁判所への通知を伴わない代理権限放棄の無効（同4条6項・7条1項(b)）等である。すなわち、持続的代理権授与法は他のコモン・ロー諸国におけるよりも一段と厳格なセーフガードを採用したのであるが、まさにこのことに共なって任意代理は私的自治の要素をほとんど喪失し、裁判所の広範な監督の下に置かれることになり、「任意代理の法定代理化」がなされたのである。

しかし、イギリス流の厳格なセーフガードは批判にもさらされている。持続的代理権という考え方は後見人選任手続きのような煩瑣で硬直的な手続きを回避するのが目的の1つであったのに、代理権限を登録させることになると、結局は後見人選任手続きとあまり異ならないことになってしまうのではないか。またII 1(3)において既述のように、本人の意思を尊重すべきであるのに、登録制度があるために、代理権を授与しても実際には登録にまで至らないケースがきわめて多いことも指摘されている。

要するに、イギリス法は「任意代理の法定代理化」によって高齢者の保護条項の実効性を高めようとしたのであるが、他のコモン・ロー諸国は持続的代理権においても「純粹な任意代理」を維持しようとしており、その枠内で保護条項を機能させようとしているのである。従って、イギリス法の「任意代理の法定代理化」はコモン・ローの内部においてもかなり特徴的なものであることになる。

ドイツ法の「法定代理の任意代理化」が端的に示されているのはドイツ民法新1896条2項であり、これは補充性の原則を規定したものである。同条によれば、任意代理を用いることによって同様の結果が得られるときには法定代理ではなく、任意代理を用いることとされているが、この規定はまさに任意代理優先の考え方であり、このことは法定代理人である世話人が選任されたときにも、被世話人の意思または指図権の尊重という形で貫徹されている（同新1901条1項）。コモン・ローとは異なり、ドイツ任意代理法が本人の能力喪失後も任意代理権が存続しうることについて許容的であることが補充性の原則を成り立たせており、そして「法定代理の任意代理化」の淵源でもあるように思われる<sup>(6)</sup>。

## 2 改正法の対象

ドイツ成年者世話法の対象は、同法の母体が後見法であることからしても当然のことながら財産管理と身上監護の双方である。そして同法が旧来の規定とは異なり、どちらかといえば身上監護に重点を置いたものであることは既述の通りである。

イギリスの持続的代理権授与法の対象は財産管理のみであって、身上監護はその対象としては含まれていない。同法の母体は任意代理法なので、財産管理のみならず、身上監護を含めることは理論的には可能ではなくであるが、イギリス法は身上監護を排除しており、ここにイギリス法の特徴を見出すことができる。この特徴は大陸法に対してばかりではなく、実はコモン・ローの法系においても際立ったものである。というのは、アメリカやオーストラリアでは持続的代理権に身上監護をも含めるのが一般的だからである。イギリス法は身上監護を排除し、それを後見法の任務としているが、実際には財産管理と身上監護とを峻別するのは困難であり、また本人が身上監護を欲する場合においてそれを代理権限から除外してしまうのは本人の意思の尊重という点からも問題となりうる、という批判が提出されている。イギリス法が今後このような批判にどのように対応していくのか、その推移に注目したい。

## 3 本人、被世話人の権限と代理人、世話人の権限

持続的代理権授与法は任意代理法から出発しているので、持続的代理権においては本人と代理人との権限は観念的には競合する。しかし、持続的代理権における本人は意思能力喪失者であるので、本人が権限を行使することは実質的には不可能である。従って、持続的代理権における権限は実質的には代理人によって排他的に行使されることになる。その意味において、持続的代理権が法定代理の法的構成に類似していることは既述の通りである。しかし、法定代理のみならず、受託者が排他的管理権を有する信託の法的構成にも類似しているのである。では、なぜ持続的代理権授与法は信託の法的構成を採用しなかったのであろうか。英米法における信託というのは、沿革的にも未成年者、浪費者、無能力者等のいわゆる弱者を保護する財産管理制度として機能してきており、高齢者保護を目的とする持続的代理権授与法においても理論的には信託法理を活用する余地がないわけではない。しかし、英米法上の信託は原則として他益信託（委託者と受益者とが全く別個の人格

である信託)であって<sup>6)</sup>、自益信託(委託者と受益者が同一である信託)は代理法理をもって理解されるのが一般的である。持続的代理権においては本人が信託における委託者と受益者を兼ねており、自益信託類似の法律関係が作り出されるので、信託法理には依拠しえないのである。そこで代理法理に依拠した<sup>7)</sup>うえで、代理人に実質的な排他的管理権が帰属するが故に、通常の代理権よりも高い蓋然性をもって生ずることが懸念される代理人の権限濫用を防止するセーフガードがとりわけ肝要となるわけである。

成年者世活法における被世活人の権限には2つのカテゴリーがある。すなわち、被世活人の行為能力は剥奪または制限されないのが原則であるが、例外的に必要な最少限度の範囲で被世活人のなす法律行為に世活人の同意を要する旨を裁判所が決定することができる(ドイツ民法新1903条1項)。原則的カテゴリーにおいては、被世活人の行為能力に変動はないのであるから、行為能力が剥奪されたときにそれを補完するための法定代理におけるように世活人に被世活人が代理権を授与したと構成する必要はなく、従って、被世活人が依然として一切の権限を留保している、とも考えられる。しかし、成年者世活法によれば、世活人は裁判上および裁判外で被世活人を代理する旨が規定されており(同新1902条)、この代理を法定代理と解するならば、被世活人には従前通りの能力が変更されることなく付与されているのに、世活人が被世活人の行為能力の剥奪を前提とした法定代理権を有する、という大きな論理的矛盾が生ずることになる。この矛盾をどのように解決すべきであろうか。私見によれば、被世活人が世活人選任についてイニシアチブを発揮でき(同新1897条5項)、しかも被世活人の意思が世活人のそれに優先する(同新1901条1項、2項)、という成年者世活法の法的構成は任意代理として理解すべきであり、世活人が選任された事情に応じて一定範囲の任意代理権が世活人に授与されている、と考えるのが最も素直ではなかろうか。しかし、世活人が後見裁判所によって選任されている以上、それを法定代理と構成するのが従来の法体系には馴染むので、その形式に注目して条文の文言上は法定代理であるかのように規定されたのではなかろうか。例外的カテゴリーにおいては世活人に同意権が付与されるが、世活人は被世活人の財産に対する包括的な管理権を有せず、単に同意権を有するに過ぎない。従って、例外的カテゴリーにおいても世活人は法定代理人そのものではない。とはいっても、世活人に同意権が付与されている場合にも、世活人が法定代理人である旨の規定(同新1902条)は適用されることになる。しかし、世活人が実態的にはここでももちろん純粋な法定代理人でないのは原則的カテゴリーにおけるのと同様で

ある。世話人の同意権はわが国民法上の保佐人の同意権にほぼ対応するものと考えてよいであろう。ただし日本民法との相違は2点ある。まず、日本民法12条1項は同意を要する法律行為を列挙しているが、成年者世話法においてはこれらよりもさらに限定された範囲で個別的に裁判所が決定する。このことはわが国民法の解釈にも役立つ。日本民法上、12条1項所定の法律行為以外のものについても保佐人の同意を要する旨を家庭裁判所が宣告することはできる（同条2項）が、これとは逆に、明文の規定はないものの、同条1項所定の法律行為の一部について保佐人の同意を要しない旨を家庭裁判所が宣告しうる旨の解釈が、成年者世話法の精神に倣いつつわが国民法上も成り立つように思われる。その場合、同条1項の列挙は単なる例示と解されることになろう。次に、わが国民法上保佐人の同意を得ない法律行為は取り消しうるが、ドイツ法では無効（schwebend unwirksam）である。従って、わが国民法上争われている保佐人の取消権の有無がドイツ法において直接論争の対象となることはない。

#### 4 代理人・世話人に対するコントロールと複数代理人・複数世話人

持続的代理権授与法において代理人を監督するのは保護裁判所であり、成年者後見法において世話人を監督するのは後見裁判所である。しかし、これらはいわば究極的なセーフガードであって、両法は共に代理権の濫用が危惧されるときよりも実際の監督的機能を果たすものとして複数代理人（持続的代理権授与法11条）、複数世話人（ドイツ民法新1899条1項）を想定している。あるいはより効率的な事務処理をはかるために複数代理人、複数世話人が選任されることもある（特にドイツ民法はこのような場合を想定している）。複数代理人、複数世話人の機能は3つある。まず、相互監視機能がある。これは、複数の代理人または世話人がそれぞれ他の代理人または世話人の職務内容をチェックするものである。ここで問題とされている本人または被世話人は意思能力を喪失しており、現実には代理人または世話人をコントロールできないので、相互監視システムは代理人または世話人の代理権濫用を防止する意味からとりわけ重要である。このタイプの複数代理人をイギリス法では共同代理人という。次に、職務分担機能がある。持続的代理権授与法は財産管理のみを対象としているので、財産管理を財産の種類に応じて各々の専門家である代理人に分担させることができる。成年者世話法は財産管理と身上監護の双方を対象としているので、両者を各々別個の世話人に委ねることができる（たとえば身上監護については親族、

財産管理については金融機関)。職務を分担させることによって、各自が知悉した職務を個別的・専門的に行うことができ、職務全体の効率を高めることができる。最後に、持続機能がある。代理人または世話人が単独の自然人である場合、その死亡または意思能力の喪失によって職務は終了してしまうが、複数の代理人または世話人を選任しておけば、ある1人の代理人または世話人による職務遂行が不可能となったとしても、職務そのものは他の代理人または世話人によって引き継がれるので、代理または世話が中断されることはない。このタイプの複数代理人をイギリス法では連帯代理人という。

この点に関連して、日本民法はかなり硬直的であることを特に指摘しておきたい。まず、任意代理法においては複数代理人という概念が欠如している。確かに復代理人に関する規定は存在するが、復代理人は本来代理人が行うべき代理事務を代行する制度であって、復代理人を選任したからといって上記の3つの機能のいずれかがただちに発揮されるものではない。次に、後見法においては後見監督人制度があるので、それによって一応は相互監視機能を果たすことはできる。しかし、職務分担については条文上明確に否定されている。日本民法840条は夫婦の一方が禁治産宣告を受けたときには他の一方が法定後見人となる旨を規定しているが、これはかなり硬直的であり、たとえば夫が禁治産宣告を受けたときには妻が身上監護を行い、金融機関が財産管理を行うのも合理的な職務分担であるように思われるが、同条によってこのような可能性は排除されてしまっている。法定後見人の数については当然のことながら1人が想定されているが、さらにそれ以外の場合についても同843条は「後見人は、1人でなければならない。」と規定しており、複数後見人選任の可能性は明文の規定で否定されているのである。同840条、843条は、イギリス法およびドイツ法おける近時の動向に鑑み再検討を要するのではなかろうか。

## 5 取引の安全と公示方法

イギリス契約法においては、意思能力喪失者が契約を締結し、相手方がその事実を知っていた場合、当該契約は意思能力喪失者を拘束しないが、相手方を拘束する。しかし、相手方がその事実を知らなかった場合には、意思能力喪失者も拘束されることになり、従って、相手方の善意は保護される、というのが一般原則であり、これによって取引の安全がはかられている。この一般原則は持続的代理権にも妥当する外、持続的代理権においては本人と相手方との間に代理人が介在するので、それに固有の取引保護制度も考案されてい

る。まず、持続的代理権授与法は持続的代理権の公示方法として保護裁判所に登録制度を置いた。高齢者またはその代理人と取引する者は登録制度を活用して本人が無能力であるか否かを調査することができるので、一層取引の安全に資することになった。ただ登録制度が確立されたために、登録調査をしないと悪意が推定される、という新たな問題が生ずることも懸念される。次に、1971年の代理権授与法においては、代理権限が撤回されたことを知らない代理人またはその代理人と取引をした第三者は保護されている（同5条）が、この保護は持続的代理権授与法にも適用される。持続的代理権授与法はその他にもう1つの保護条項を設け、持続的代理権が登録された後、その登録が無効であるか、または撤回されたことを知らない代理人またはその代理人と取引をした第三者は保護される（同9条）、としている。

ドイツ法においては取引の安全を犠牲にしてでも無能力者である本人の保護をはかるのが従来からも一般原則であり、このことは改正法においても同様である。しかし、改正法においては取引保護の観点が若干拡充された面もあるのではなかろうか。まず、改正法は本人から行為能力を剥奪せず、本人は無能力者ではないから、相手方は取引が無効であることを懸念することなく取引に入れるので、取引の安全度は高まった、といえるのではなかろうか。たとえ被世話人がなす法律行為について世話人の同意を要する場合にも、同意の対象となる法律行為の範囲は必要最少限度とされているので、この点でも取引の安全度は高まっているのではなかろうか。次に、世話人に同意権が付与されたときにも、被世話人が単に法的な利益を得る法律行為および日常生活の些細な事務に関する法律行為には同意を要しない旨が明文で規定されている（ドイツ民法新1903条3項）が、特に後者は英米法上の未成年者のための *contract for necessities* の考え方がドイツ成年後見法にも導入された点で画期的であり、この規定を相手方からみれば、取引の安全度は向上したのではなかろうか。改正前には行為能力剥奪の宣告の連邦登録簿への登録という公示方法が存在していたが、データ保護の見地からこの登録簿への一般人のアクセスは不可能であった。従って、そもそも公示方法としては機能しておらず、取引の安全に資するものでもなかった。改正法においては行為能力剥奪の宣告制度自体が廃止されたので、公示方法も存在しない。

(1) 取り敢えず、cf. Bernd Schulte, *Reform of Guardianship Laws in Europe*—A

Comparative and Interdisciplinary Approach, in : An Aging World. Dilemmas and Challenges for Law and Social Policy, 1989, p.595-603.

(2) 前掲拙著141頁参照。

(3) この出発点の違いは両国の法定代理法の成熟度と関連しているように思われる。もちろんイギリスにも後見 (guardianship) 法は存在するが、殊に財産管理の分野においては法定代理は十全には発達しておらず、その代替的役割を果たしているのが信託である。従って、財産管理を対象とした法改正であれば、当然信託またはそのコララーともいえる任意代理が対象となるのであるが、改正法はとりわけ任意代理法を改革の対象とした (信託が出发点とならなかった理由についてはIII 4 で言及したい)。ドイツには確固とした法定代理制度としての後見法が発達しており、法改正となればこれが改革の対象となるのは当然であろう。

(4) Law Comn. No.122, 1983, p.3/17.

(5) 前掲拙著144—148頁参照。

(6) 前掲拙著24—29頁、46—47頁参照。

(7) 筆者はこのように割り切って理解しているが、持続的代理権授与法と信託法理ないし代理法理との関係が同法の規定上はかなり混乱していることは否めない。

Cf. Julian T. Farrand, Enduring Powers of Attorney, in : An Aging World. Dilemmas and Challenges for Law and Social Policy, 1989, p.648 Note 60.

#### IV 日本法への示唆

まず、従来の日本法の理解では、任意代理は私的自治の拡張の手段である、といわれてきたが、イギリス法およびドイツ法においては私的自治の補充の役割を果たしている。また後見法は本人保護の制度である、といわれてきたが、画一的な無能力者宣告制度はとりわけドイツ法においては厳しい批判にさらされている。従って、日本法においても任意代理ないし後見の制度趣旨を今日の社会状況に対応して再検討する必要があるのではなからうか。

次に、そのような再検討に際しては任意代理か法定代理かという二者択一はもはや通用しない。イギリス法およびドイツ法に倣って、両者がミックスされたような新しい財産管理・身上監護の可能性を探求する必要がある。

最後に、高齢者の「自己決定権の尊重」がイギリス法およびドイツ法においてのみならず、日本法においても共通に認識された議論の出発点となることには疑いの余地はないが、その在り方にもイギリス型とドイツ型があり、これは結局自己決定権とパターンリズムとのバランスの問題といってもよいが、イギリス法およびドイツ法を参考にして日本型「白

己決定権の尊重」とは何かを究明していく必要がある。

以上の3点に基づいてわが国の解釈論と立法論を展開したいと考えるが、既に紙幅も尽きたので、取り敢えず本報告書掲載の米倉論文に譲り、私見の詳細は近日中に執筆予定の拙稿に委ねたい。

# オーストリア成年後見法の新たな展開

岡 孝

## I はじめに

オーストリアにおいても、行為能力の剥奪・制限という従来の後見法の制度では、個々の精神的な障害者の能力および処理すべき事務の必要性に応じた措置をきめ細かく講じることは不可能であった。そこで、1983年に「世話人法」(Sachwaltergesetz)<sup>(1)</sup>の制定により従来の後見法が改正され、このような法的配慮ができるような制度が創設された。1984年7月1日の施行以来、この法律の問題点が検討されている。しかも、全国的な施行状況の調査がなされており、新法運用の実態を把握することができる。

高齢化社会を迎えつつあるわが国でも、現行の禁治産・準禁治産制度では、(その宣告を戸籍に記載することの問題のほかに)そもそも高齢者の個別的な能力に応じた法的配慮をすることができない。オーストリア世話人法は参考となるべきモデルの一つであろう。そこで、本稿は、日本の高齢者能力補充制度のきたるべき再検討のために、オーストリア世話人法を、運用の実態にも注意を払いかつ問題点を指摘しつつ、概観することにする<sup>(2)</sup>。

## II 旧法の問題点と世話人法の制定

従来の禁治産法(以下では旧法と称する)<sup>(3)</sup>には、様々問題があった。まず、禁治産(Entmündigung)という表現は、現在では禁治産者に烙印を押し、かつ差別する印象を一般に与える。つぎに、旧法による障害者の保護の仕方があまりにも硬直していた。選択肢が行為能力の完全剥奪または制限の二つしかなく、個々の障害者の必要に応じた措置を講ずることができなかつたからである。さらに、閉鎖的精神病院に入院している精神障害者に対しては、なんども拘留手続をしなくてすむように行為能力が剥奪されてきた。しかも障害者の面倒を見る者として近親者は必ずしも期待できず、それ以外の適任者をさがすことも困難であった<sup>(4)</sup>。また、取引相手方は、實際上、事前に能力制限を知ることができず、取引の安全が必ずしも十分に保障されてはいなかった<sup>(5)</sup>。

そこでこのような問題を解決するために、世話人法が制定されたのである。新法では、まず障害者の用語を改め、つぎに、裁判所が個々の障害者の必要に応じた措置を講ずることができるように、柔軟な規定が用意された<sup>(6)</sup>。さらに、世話人の供給を確保するために世話人団体(「世話人協会」)が設立された。実際には、新法制定の二年前に試行的に司法省のモデル・プロジェクトとして、ウィーン、ニーダー・オーストリア州で社団法人「世話

人協会」(Sachwalterverein) が設立されて活動を始め、その成果をふまえて世話人団体の構想が新法に取り込まれたのである(世話人法第9款「協会世話に関する規定」参照)。

### III 世話人の選任

#### 1 世話人選任の要件

世話人は、「心的疾病」(psychische Krankheit)<sup>(7)</sup>または「精神的障害」(geistige Behinderung)のために「不利益を被るおそれなしには自己の事務の全部または一部を自ら処理できない」者のために、選任される(民法273条1項1文。以下では特に断らない限り引用条文は民法である。また、本法に関連するいくつかの条文の試訳は資料1に掲げている)。

心的疾病および精神的障害の概念は現代医学用語に対応しているというが、他方では、それぞれ旧法の精神病(Geisteskrankheit)、精神薄弱(Geistesschwäche)にほぼ一致しているとも指摘されている<sup>(8)</sup>。心的疾病と精神的障害との区別は、実務上は混乱しているようであるが、法的に区別する意味はほとんどない<sup>(9)</sup>。1990年6月に成立したドイツの「世話人」(Betreuungsgesetz)<sup>(10)</sup>と異なり、世話人法では、身体障害者の場合には、精神的障害などがない限り世話人の選任は許されない。しかし、例えば、卒中により半身不随になった婦人と非常な努力をしなければ会話ができない場合に、判例は、精神的障害を拡大解釈して、世話人の選任を認めている<sup>(11)</sup>。

事務とは、法律行為、訴訟行為などあらゆる法的な事務のほか、身上監護(Personensorge)をも指す(282条2文参照)<sup>(12)</sup>。学説では、裁判所の別段の決定があれば(同条2文参照)、身上監護を世話人の職務から除外することができると主張されているが<sup>(13)</sup>、判例は、具体的事情を考慮せずにおよそ一般的にそれを除外することはできないという<sup>(14)</sup>。また、例えば、被世話人が従前第三者に財産管理などにつき代理権を与えており、その後精神的障害などによりその代理権を撤回できなくなった場合は、どう処理すべきか。行為能力がなくなるということは死亡(この場合には代理権は消滅する。1022条参照)とは同視できないとして、当然には従前の代理権は消滅しないが、代理人に対する本人のコントロールが事実上及ばなくなってしまうことには問題があり、この場合には世話人の選任が必要であり、したがって代理権の撤回もここにいる事務であると解されている<sup>(15)</sup>。なおドイツ法と異なり、新法は被世話人の手術などに対する世話人の権限については格別規定して

おらず、未成年後見人の規定を準用（282条1文）するにとどまっている。判例によれば、手術が必要な場合のそれに対する同意もここでいう事務である、とされている<sup>(16)</sup>。

しかし、心的疾病にかかっている者または精神的障害を被っている者（以下ではこれらの者の総称として「障害者」(der Behinderte) という表現をも使うことにする) が家庭内での援助等によって自己の事務を処理できる場合には<sup>(17)</sup>、世話人の選任は認められない(273条2項1文。補充性の原則)<sup>(18)</sup>。この点はドイツ法と同様である。

## 2 世話人選任の手続

世話人は、処理すべき事務の性質・「障害者」の個人的な必要性を考慮して、「障害者」本人の申立または職権により選任される（280条。選任手続は非訟事件手続法〔以下では「非訟」と略称〕236条以下の規定による)<sup>(19)</sup>。第三者は、申立権はないが、通知などで職権発動を促すことはできる。この種の通報は病院、裁判所（なお民事訴訟法6条a参照）、「障害者」の近親者からのものが考えられる。

手続を開始した場合には、「障害者」本人を召喚するか裁判官が出向いていってできるだけ本人から事情聴取をしなければならない（非訟237条）。そして選任手続を継承する際には、「障害者」に法定代理人などがいない場合には）訴訟世話人を選任して（選任手続過程での）「障害者」の保護をはからなければならない（同238条1項）。選任手続中に緊急の事務を処理する必要がある場合には、仮世話人が選任される（同条2項。訴訟世話人がこれに選任されることが多い）。世話人を選任するためには、一人または複数の鑑定人の鑑定が必要である（非訟241条2項）。

## 3 世話人になりうる者

世話人には、①原則として、「障害者」の近親者のうちから適当な者が選任される（281条1項）。「障害者」の福祉上別段の必要が生じた場合にはそれ以外の者が選任される<sup>(20)</sup>。

その際、他に適切な者がいない場合に備えて、②「適当な団体」、具体的には「世話人協会」（その他については資料2(2)1参照）の推薦する者の中から世話人が選任される（同条2項。団体自身は世話人にはなれない）。世話人協会は、「障害者」に近親者などがいないか、または、いても（利害が対立して）不適当である場合に、世話人を提供できるようにするために設立された（2参照）。その活動は司法大臣が監督する（国が補助金交

付の形で財政援助をしている)。協会の世話人は、専門に訓練され、世話を職業としている専門世話人（ソーシャル・ワーカーなど）<sup>(21)</sup>とボランティア世話人<sup>(22)</sup>からなっている。後者は前者とチームをくみ、世話活動をしなが、専門世話人との定期的な話し合いなどを通して、指導・助言を受ける<sup>(23)</sup>。

さらに、③「障害者」の事務を処理するにつき、著しく法律知識を必要とする場合には、弁護士または公証人が世話人に選任される（同条3項）。

なお、ドイツ法と異なり、複数の世話人を選任できるかどうかについては明言する規定はない。学説では見解が対立している<sup>(24)</sup>。世話人協会本部の説明によれば<sup>(25)</sup>、同時に3人の世話人（公証人、弁護士および身上監護のみを行う世話人）が説明されたケースがあるとのことである。ただし、一つの事柄について世話人は1人しか選任されないようである。

#### IV 世話人選任の効果

##### 1 世話人の任務

裁判所は、被世話人の障害の程度および配慮すべき事務の種類や範囲を考慮して世話人の任務を定める。民法は三種類を規定している（273条3項1号ないし3号。なお非訟244条2号参照）。(イ)個別事務の処理（例えば法律行為の締結・解除、一定の金額を超える収入の管理など）。(ロ)一定の範囲の事務の処理（例えば財産の全部または一部の管理）<sup>(26)</sup>。(ハ)「障害者」のすべての事務の処理。(ロ)の場合、必要な事務の範囲を確定することはしばしば困難である。そのため、実務では世話人の職務がすべての事務処理（(ハ)）に拡大されるだろうと予想する見解があるが<sup>(27)</sup>、それでは必要以上に「障害者」の活動を制限してしまうとしてこのような拡大に反対の見解もある<sup>(28)</sup>。

世話人が被世話人の氏の変更、不動産の譲渡・負担の設定などのような一定の事務について代理行為を行う場合には、裁判所の承認が必要である（282条、245条、154条2項、3項参照）。世話人には会計報告義務もある（282条、238条、150条参照）<sup>(29)</sup>。

そして、「裁判所が別段の決定をしていない限り、世話人は障害者に必要な身上監護、特に医学的および社会的保護をも確保（sicherstellen）しなければならない」（同条2項）。ただし、身上監護は、精神病院に入院させるなどの方法で、第三者に委ねてもいいとされている<sup>(30)</sup>。その際には裁判所の承認が必要である（216条2項参照）。なお、世話人の申立またはその承諾がなくても、裁判所は、職権により精神病院への入院を命ずることができ

るとされている<sup>(31)</sup>。

弁護士などが専門家として世話人の活動をした場合を除いて、一般に世話人には報酬請求権はないが、裁判所は、一定の限度において世話人に報酬を与えることができる（266条参照）。

世話人の任務遂行に対するコントロールの手段としては、前述のように一定の場合における裁判所の（事前の）承認と、裁判所の定期的な審査（283条3項。後述5参照）が用意されている。

## 2 世話人の職務範囲内の事務についての被世話人の権利

世話人の職務の範囲内の事務については、世話人の明示・黙示の同意がなければ被世話人は処分することも義務を負うこともできない（273条a1項1文）<sup>(32)</sup>。同意のない被世話人の行為は不確定的無効である（865条2文）。これは、世話人の職務の範囲内では被世話人の行為能力が、未成熟未成年者（7歳以上14歳未満）のそれと同等に限定されることを意味しているが<sup>(33)</sup>、現実には被世話人が7歳未満の幼児のように「理性を行使する能力」（865条1文参照。これはわが国の意思能力にほぼ対応するものと思われる）すら有さないのか（この者の行為は無効である）<sup>(34)</sup>どうかは、世話人選任からは判断できない。したがって、被世話人が限定された行為能力を現実には有するか否かは、個別的に検討しなければならない。

さて、被世話人の福祉上危険がない限り、裁判所の決定によって、世話人の職務の範囲内のことであっても、特定の物件・収入などに関して被世話人は自由に処分または義務を負担することができる（273条a1項2文）。立法者は、これによって裁判所が、被世話人の健康状態、処理すべき事務の内容に応じて、法的な配慮の範囲を精密に調整することが可能になった、と考えている。しかし、ここでは被世話人のみが処分行為をすることができるのか<sup>(35)</sup>、それとも世話人も競合して行為をすることができるのか<sup>(36)</sup>といった複雑な問題が生じている。

つぎに、世話人の職務の範囲内であっても、被世話人が「日常生活の軽微な事務に関する法律行為」<sup>(37)</sup>（例えば新聞の講読）を締結したときには、この法律行為は、裁判所の決定がなくても、被世話人の義務が履行されれば遡及的に有効となる（273条a2項）<sup>(38)</sup>。

### 3 遺言および婚姻について

世話人が選任された場合、被世話人は、裁判所・公証人の面前でかつ口頭でのみ遺言をすることができる（568条）。しかし、被世話人の障害の程度を考慮せず一律に遺言の方式を限定することに対しては、憲法違反ではないかと強い疑念が表明されている<sup>(39)</sup>。なお、「理性を行使する能力」を有しない被世話人の遺言は、たとえこの方式が遵守されていても無効である（566条参照）<sup>(40)</sup>。

つぎに、婚姻については、被世話人が「理性を行使する能力」を有していれば（この能力がなければ婚姻はできない。婚姻法2条、102条1項参照）、世話人の同意により（同法3条1項、102条2項）、または世話人が同意しなくても裁判所が同意すれば（同条3項）、婚姻をすることができる。ここでも、被世話人の障害の程度とは無関係に、その婚姻能力を一律に制限することの問題が指摘されている<sup>(41)</sup>。

### 4 被世話人への説明・通知義務および被世話人の意見表明権

世話人法は、被世話人自身またはその財産に関する重要な措置（154条2項、3項、178条）について被世話人が適時に説明を受ける権利を定めている（273条a3項）。さらに、このような重要な措置<sup>(42)</sup>およびそれ以外の措置についても、被世話人は相当期間内に意見を述べるができる。世話人は、一定の場合にはそれを考慮しなければならない（同項）。ただし、このような意見表明権は、被世話人が説明を理解し意見を表明する能力を有していることが前提である、という<sup>(43)</sup>。この能力が「理性を行使する能力」を意味するのかどうかは必ずしもはっきりしない。なお、世話人が被世話人の意見を考慮しなくてもその処置は有効であり、後に世話人の解任・損害賠償などが問題になるにすぎないとされている<sup>(44)</sup>。

### 5 取引安全の配慮

世話人選任により被世話人の行為能力が制限されることになるので、取引の安全に対する配慮として、本法は三つの手段を用意している。まず、世話人の申立からみて選任の通知をすることに根拠のある利益を有する者・機関（例えば年金負担者）にその旨の通知をする（非訟248条1項）。つぎに、「世話人の職務の範囲が公の帳簿（登録簿）に登録された権利を含むときには」裁判所が、当該帳簿・登録簿に登録されるよう指示をする（同条2

項)<sup>(46)</sup>。さらに、「法的利益を有していると疎明する者の照会により」、裁判所は、世話人の選任およびその職務の範囲について情報を提供する（同条3項)<sup>(46)</sup>。

なお、世話人がその職務権限内で代理行為をする必要があるときには、裁判所発行の世話人選任証明書を提示するようであり<sup>(47)</sup>、契約相手方はこれにより世話人の代理権の確認だけは行うことができる。

## V 世話の終了

被世話人がもはや援助を必要としない場合、あるいは世話人の職務行使がその義務に違反していたり、職務行使ができないことが判明した場合には、裁判所は（申立のほか）職権によっても世話人を解任（場合によってはさらに別の世話人を選任）することができる（283条2項、254条、257条。その他の世話の終了原因については同条1項参照）。その職権発動を担保するために（さらには世話の制限・拡張の要否を検討するために）、裁判所による定期的な世話の審査が義務づけられている（同条3項）。世話の要件が多様なためその期間は法定されていない。それは個別的に決定すべきであるが、毎年提出される会計報告<sup>(48)</sup>の承認の際にこの審査がなされれば十分である、とされている<sup>(49)</sup>。

## VI まとめ

オーストリア世話人法は、「障害者」の障害の程度、処理すべき事務の内容に応じて個別的に法的配慮が可能になるような制度を用意しようとした。しかし、解釈論的に困難な問題が生じていることに加えて（4(2)(3)参照）、現実の運用を見ると（別掲資料2参照）、2/3以上のケースであらゆる事務の処理のために（273条3項）世話人が選任されていて、個々の被世話人の必要に応じて世話人の職務を限定するという新法の目標は達成されていない。また、被世話人の意思を尊重するために意見表明権などが用意されているが（4(4)参照）、明文の規定はないものの、一定の能力が要求されている。その能力の有無を（被世話人の意向を無視した場合には損害賠償請求などの危険にさらされている）通常世話人に判断させることは必ずしも妥当とはいえないだろう。したがって、世話人法の基本原則は望ましいものといえるとしても、その具体化については改善の余地がかなりあるといえよう。

さらに、わが国においても、被世話人が高齢者の場合には特に適切な世話人を見つける

のは困難であり、世話人の供給源の確保のための世話人協会という構想は注目に値する。しかし、オーストリアでも、現実には世話人協会の世話人の数は需要をはるかに下回っている。したがって、この構想を生かすためには、協会の財政的基盤の確立とともに、専門世話人およびボランティア世話人の供給をいかにして維持・増加させるかが課題である<sup>(50)(51)</sup>。

(1) 正式には「障害者のための世話に関する法律」(BG über die Sachwalterschaft für behinderte Personen (BGBl 1983/136) という。本稿では、Sachwalter は「世話人」、Sachwalterschaft は「世話」と仮に訳しておくことにする。世話人法に基づく改正民法については、松倉耕作「オーストリア家族法」判タ536号(1984年)227頁以下に翻訳がある。以下に掲げる文献は、著者名で引用する。Ent-Hopf, Sachwaltergesetz, 1983, 32f.; Gamerith, Drei Jahre Sachwalterrecht, NZ1988, 61; Gitschthaler Einzelne Probleme des neuen Sachwalterrechts und der Versuch einer Lösung, ÖJZ1985, 198; Jahresbericht des Vereins für Sachwalterschaft für das Jahr 1987 (Jahresbericht で引用); Kozoi-Welser, Grundriß des bürgerlichen Rechts<sup>6</sup>, Bd I (1987); Kozoi-Welser, Grundriß des bürgerlichen Rechts<sup>7</sup>, Bd II (1985); Maurer, Sachwaltergesetz in der Praxis, 1984; Pichler in Rummel<sup>2</sup>, ABGB, Bd I (1990); Schwimann/Schlemmer, ABGB I (1990); Stabentheiner, Ein Überblick über das neue Sachwalterrecht, AnwBl. 1985, 287; Steinbauer, Die Handlungsfähigkeit geistig Behinderter nach dem neuen Sachwalterrecht, ÖJZ1985, 385.

(2) 新法の手続法上の問題点および未成年者の場合の世話人の選任については、省略する。前者については、さしあたり Mauer, S.98ff. を参照。

(3) なお、例えば49条以下のように医療施設への強制入院の手続等を定めた部分は、世話人法制定後も効力を有している。

(4) Ent-Hopf, S.32f.

(5) Ent-Hopf, S.34 によると、従来は、裁判所または地方公共団体の掲示板に行為能力剥奪の事実を書面で掲示していたが、特に都市部においては掲示の効果はほとんどなかったという。

(6) Kozoi-Welser, Bd I, S.53 参照。

(7) 鈴木禄弥/鈴木ハツヨ「西ドイツ連邦の『成年者の世話に関する法律草案』について」判タ724号41頁の訳を参照した。

(8) OGH EvBl 1986/162. なお、旧法下の禁治産者等の新法上の取扱いについては、世話人法第10款「最終規定および経過規定」参照。

(9) Gamerith, S.62.

(10) 鈴木禄弥/鈴木ハツヨ・前掲40頁の訳による。この新法については、本報告書所収の新井誠論文のほか、神谷遊「ドイツにおける無能力者および成年後見制度の新展開」ジュリ967号(1990年)82頁以下参照。

(11) 8 ob 502/87 (Gamerith, S.62 によった)。なお、旧法では能力が制限されていた浪費者やアルコール中毒患者などに対しては、それだけでは世話人を世話人を選任できない。Vgl. Pichler, Rz1 zu §273.

(12) OGH EvB1 1986/25 ; EvB1 1987/132 ; Stabentheiner, S.288f. なお、Schlimmer, Rz 3 zu §273 は身上監護のためだけに世話人を選任することは許されないとするが、Gitschthaler, S. 195 は、病院との契約など多少でも法的な処分を必要とする場合には、273条の事務が存在し、したがって世話人を選任することができるという。

(13) Gamerith, S.63f. ; Pichler, Rz3 zu 282.

(14) OGH EvB1 1987/132. Schlemmer, Rz2 zu §282も同旨。

(15) Gitschthaler, S.198. ; Schlemmer, Rz 6 zu 273.

(16) OGH EvB1 1988/85. なお、「後見人は、別段の定めのない限り、子供の身上 (Person) に関する重要な事務については裁判所の同意を得る必要がある」(216条2項)。ここにいう「子供の身上に関する重要な事務」には、妊娠中絶、断種 (Sterilisation) も含むと解されている。Vgl. Schlemmer, Rz 26 zu §151. 282条2文はこれをも準用すると思われるので、被世話人のこれらの問題について世話人は裁判所の同意を得る必要があるだろう。

(17) ただし、「障害者」が一定の弁識・判断能力を有している (einsichts-und urteilsfähig) ことが前提である。Vgl. Schlemmer, Rz 6 zu §273 ; Gamerith, S.64.

(18) 世話人選任ができないその他の場合については、273条2項2文参照。

(19) 裁判管轄については民事裁判管轄法 (Jurisdiktionsrom) 109条以下参照。

(20) Gitschthaler, S.199 ; Schlemmer, Rz 1 zu 281.

(21) 専門世話人の資格、訓練などについては、Jahresbericht, S.3ff. 参照。なお、1989年8月14日にウィーンの世話人協会本部で Sutterlüty 夫人ほか1名に対して行ったインタビューによると、専門世話人は協会から月額15000シリング (税込み) の報酬を得ている、という。

(22) ボランティア世話人の要件、訓練などについては、Jahresbericht, S.14ff. 参照。なお、ボランティア世話人の約70%が女性で、年齢に関しては30歳以下 (80%が50歳以下。最年少者は21歳で最年長者は68歳) が1/3おり、58%が (広義の) 福祉関係の仕事をしている (19%は事務員、13%は学生)。Vgl. Jahresbericht, S.29.

(23) なお、1987年から、ボランティア世話人は被世話人1人につき月額500シリングの費用償還が認められている、という。Vgl. Jahresbericht, S.18.

(24) Vgl. Gamerith, S.67.

(25) 前注 (21) 参照。なお、法人は世話人にはなれないと思われる。

(26) 世話人協会本部で (前注 (21) 参照) 入手した世話人選任の証明書 (Urkunde) によると、(ロ) の具体例としては、 $\alpha$  収入の財政的管理 (finanzielle Gebarung, Verwaltung des Einkommens)、 $\beta$  役所 (vor Behörden, Ämtern) および契約相手方に対する代理が挙げられている。 $\alpha$  については、銀行預金により収入を管理する場合、開設される口座は被世話人の名義と世話人の名義との二通りの方法があり、口座開設の際または (すでに世話人選任前に被世話人名義の口座がある場合には) 世話人が預金を引き出す際に (その都度ではなく、1回限り)、裁判所発行の

この証明書を提示するようである。

(27) Schlemmer, Rz 10 zu §273 ; Gitschthaler, S.197.

(28) Gamerith, S.64; Pichler, Rz 5 zu §273.

(29) Pichler, Rz 1 zu §282.

(30) Schlemmer, Rz 2 zu §282.

(31) OGH JB1 1988, 1052. ただし、Pichler, Rz 4 zu §282 は反対。

(32) なお、世話人が選任されても被世話人の責任能力には影響がない。Vgl. Steinbauer, S. 429 ; Gamerith, S.66 ; Aicher in Rummel, Rz 4 zu §21.

(33) Steinbauer, S.388 ; Gitschthaler, S.198. ただし、政府原案は世話人の選任と被世話人の行為能力の制限とを結びつけていなかった。Vgl. Ent-Hopf, S.45. なお、オーストリア民法における未成年者（19歳未満）について簡単に整理しておこう。①7歳未満の幼児。完全行為無能力者（865条）で、法定代理人が代理行為を行う。例外として、軽微な事務については、無能力者側の義務が履行されれば、遡及的に有効となる（151条3項）。②7歳以上14歳未満の未成年者（未成熟未成年者）。制限行為能力者で、自己に利益を受けるためだけの約束をすることはできる（865条）。法定代理人は代理行為をするかまたは（未成年者の締結した行為を）追認をする。法定代理人の同意のない法律行為は、不確定的無効で、追認により有効となる。一定の重要な行為については、法定代理人の同意以外に、後見裁判所の同意が必要である（154条3項、245条）。③14歳以上19歳未満の未成年者（成熟未成年者）。②について述べたことがあてはまるほか）原則として、労務契約を締結できる。貸金等については、原則として自由に処分できる（152条、151条2項、244条）。未成年者が自由に処分できるものについては、管理権も与えられる。遺言も自由に行うことができる（ただし、方式の制限はある。569条）。以上は、Kozio1-Welser, Bd. I, S.48ff. に依拠した。さらに、オーストリア民法には、未成年者期間の延長（173条）、短縮（174条）という制度があることに注意すべきである。

(34) Ent-Hopf, S.122.

(35) Steinbauer, S.388f. ; Gamerith, S.67.

(36) Pichler, Rz 2 zu §273a ; Schlemmer, Rz 4 zu §273a. ; Kozio1-Welser, Bd. I, S.55. ただし、Maurer, S.65 は矛盾した意思表示が同時になされた場合には、被世話人のそれを優先させるという。

(37) これを客観的に定めることは困難であるという点については、Schlemmer, Rz 5 zu §273a 参照。

(38) この条文は、「理性を行使する能力」のない者にも適用される。Vgl. Kozio1-Welser, Bd. I, S.56.

(39) Steinbauer, S.391. なお、Gamerith, S.66 は、非訟238条2項の仮世話人が選任された場合でも568条が適用されるというが、Maurer, S.88 はそれに反対である。

(40) Kozio1-Welser, Bd. II, S.288.

(41) Steinbauer, S.391. なお、すべての被世話人の選挙権を剝奪した国民議会選挙法24条は、1988年7月7日の法律で削除された（同年10月1日施行）。

- (42) 裁判所の承認が必要なものは、すべてここにいう「重要な措置」である。Vgl. Schlemmer, Rz 6 zu §273a.
- (43) Pichler, Rz 4 zu §273a ; Ent-Hopf, S.47.
- (44) Schlemmer, Rz 6 zu §273a.
- (45) 参考までに、1955年の一般不動産登記簿法 (GBG) 20条はつぎのように規定している。「不動産登記簿に登録できる内容は (grundbüchliche Anmerkungen)、a) 個人的関係、特に財産管理の制限についてであり、その際、当該不動産登記簿に登録をする者ならばだれでもこの関係の不知を援用できないという法的効果を伴うが、登記内容の例としては、未成年、世話人の選任 (非訟248条2項)、未成年の延長、成年に達すること、破産開始である。b) ……」
- (46) Gitschthaler, S.233 によると、ここにいう疎明とは、単に契約を締結したいという主張で足りるのかなどの問題があって、この情報提供の制度は実務上ほとんど意味がない、という。
- (47) 前注(46)参照。
- (48) 「障害者」のための世話の場合だけではないが、この会計報告については、裁判所は申立により免除することができる (238条、150条2項)。しかし、めぼしい財産がない場合でも申立が必要であるという点が問題で、一定の場合には会計報告を不要とすることが考えられるべきだ、と指摘されている。Vgl. Pichler, Rd 4 zu §§149,150.
- (49) Schlemmer, Rz 4 zu §283.
- (50) オーストリアでも、適切なボランティア世話人を見つけることは地方や小都市では困難であることが指摘されている。Vgl. Jahresbericht, S.14.
- (51) オーストリアの資料収集については、ゲッティンゲン大学 Deutsch 教授、ウィーン大学 Welser 教授、ウィーン大学助手 Michalek Alexander 氏およびウィーン世話人協会にお世話になった。記して感謝する次第である。

## 資料1 オーストリア民法および非訟事件手続法の（関連箇所の）試訳

### オーストリア民法

#### 273条

「①精神病または精神的な障害を被っている者が、不利益を被る恐れなしには自己の事務の全部または一部を自らは処理することができないときは、その者の申し立てまたは職権に基づいて、世話人（Sachwalter）を選任しなければならない。

②障害者が（der Betreffende）、その他の援助、特にその家庭内での援助または公的もしくは私的な障害者援助の制度に基づく援助により、必要な範囲で自己の事務を配慮できる状況にあるときは、世話人の選任は許されない。たとえ請求権が単なる推定上のそれであっても、請求権の追求から第三者を保護するためとの理由のみでは、世話人を選任することはできない。

③障害の程度および配慮すべき事務の種類や範囲を考慮して、世話人には

1. 個々の事務の処理、例えば、ある請求権の取立もしくは保護、または法律行為の締結や解除、
2. 一定の範囲の事務の処理、例えば、財産の全部または一部の管理、または、
3. 障害者のすべての事務の処理

を委託しなければならない。」

#### 273 a 条

「①障害者は、世話人の活動範囲内の事務につき、その明示または黙示の同意なくしては、法律行為により、処分することも義務を負担することもできない。それにより障害者の福祉が危険ならしめられることがない限り、世話人の活動範囲内につき、特定の物件、障害者の収入またはこれらの特定部分に関して、障害者が自由に処分し、義務を負担することができる旨を、裁判所は決定することができる。

②世話人の活動範囲内につき、障害者が日常生活の軽微な事務に関する法律行為を締結するときは、この法律行為は、第1項第2文の要件が満たされていないときでも、障害者の義務の履行とともに、遡及的に有効となる。

③障害者は、自分自身または自己の財産への重要な措置に関する事務につき、適時に世話人から説明を受け、さらに、その他の措置についても同様に、相当な期間内に意見を述べる権利を有する。この意見表明は、それに明示された希望が障害者の福祉に添うことが少なくないときは、これを考慮しなければならない。」

#### 280条

「世話人または一般後見人（Kurator）の選任に際してはその者の処理する事務の内容を、障害者のための世話人の選任に際しては特に障害者の個人的な必要をも、考慮しなければならない。」

（注：188条によれば、Kurator は、未成年以外の理由で自らは事務を処理できない者のために事務を処理する者である。）

## 281条

「①障害者の福祉上別段の必要が生じない限り、障害者の近親者のうちから適当な者を、障害者が未成年者であるときは、従前の法定代理人を、障害者の世話人を選任しなければならない。

②障害者の福祉上必要があるときは、可能であるならば、適当な団体の推薦する者の中から、世話人を選任することができる。

③障害者の事務を処理するにつき、著しく法律知識を必要とするときは、弁護士または公証人を、世話人を選任しなければならない。」

## 282条

「別段の定めがない限り、世話人（一般後見人）の権利および義務について、未成年後見人（Vormund）に関する規定を準用する。障害者の世話人は、裁判所が別段の決定をしていない限り、必要な身上監護（Personensorge）、特に医学的および社会的保護をも確保しなければならない。」

## 283条

「①世話または一般後見人の消滅については、249条を適用する。

②被保護者（der Pflegebefohlene）がもはや援助を必要としないときは、申立または職権に基づいて、世話人または一般後見人を解任しなければならない。[その際には] 254条および257条を準用する。

③裁判所は、その配慮義務の範囲内で、適当な時間的間隔をおいて、被保護者の福祉が世話（一般後見）の廃止または変更を必要とするか否かを検討しなければならない。」

非訟事件手続法（民法273条に基づく障害者のための世話人選任について）

## 236条

「民法273条に基づく障害者のための世話人の選任に関する手続は、障害者が自ら世話人の選任を申し立てるか、または、例えば障害者の要保護性に関する通知に基づくなど、そのような選任の必要性について理由がある場合には、開始しなければならない。」

## 237条

「①裁判所は、まず、障害者（der Betroffene）から個人的印象を得なければならない。裁判所は、この者にこの手続の理由および目的を告げ、これについて意見を聴取しなければならない。

②障害者が裁判所の召喚に応じない場合には、裁判所は、必要ならばいたわりつつ、この者を召喚することができる。

③障害者が裁判所に出頭することが不可能なとき、適切でない（untunlich）とき、または、この者の福祉を害するときには、裁判官は、この者を訪問しなければならない。」

## 238条

「①手続をそれによって継続すべきときには、裁判所は、当該手続において障害者の訴訟補助人

(Rechtsbeistand) をつけなければならない。障害者が法定代理人または自ら選んだ代理人を有していないときには、裁判所は、当該手続に関して仮世話人を選任しなければならないが、このことにより、障害者は、自己の法的行為には制限を受けない。当該手続に関する仮世話人の代理権は、障害者が裁判所に自ら選んだ代理人が代理することを通知するときには、消滅する。

②障害者の福祉が要求するときには、裁判所は、当該手続の期間中障害者のその他の差し迫った事務の処理のために仮世話人を選任しなければならない。[この場合に] 248条を準用する。]

#### 239条

「裁判所は、できるだけ1期日になされる口頭弁論に基づいて、自らの判断に必要な認定 (Feststellung) をしなければならない。[この場合に] 口頭弁論に関する民事訴訟法の規定を準用する。裁判所は、障害者の利益にとって必要なときには、[手続を] 非公開にすることができる。」

#### 240条

「口頭弁論には、障害者およびその代理人を召喚しなければならない。障害者自身の出廷が不可能かまたはその者の福祉を害するおそれがあるときには、障害者の召喚を見合わせなければならない。」

#### 241条

「①口頭弁論の際に、できる限り (nach Tunlichkeit) 障害者の近親者の出廷のもとで、裁判所の認定に必要な証拠を採用しなければならない。さらに、裁判所の判断にとって重要な事情は朗読 (vortragen) しなければならない。

②世話人の選任は、一人もしくは必要があるときには複数の鑑定人の出廷に基づいてのみ許される。鑑定人は、自らの鑑定を口頭弁論において朗読しなければならないが、鑑定書は (Befund)、口頭弁論外でも採用することが許される。

③出訴の途を指示することは許されない。」

#### 242条

「証拠採用の結果は、口頭弁論において、討議 (erörtern) しなければならない。」

#### 243条

「裁判所は、世話人を選任すべきではないという結論に到達したときには、いつでも (in jeder Lage) 決定をもって手続を中止しなければならない。」

#### 244条

「世話人選任の決定には、

1. 障害者には民法273条にしたがって世話人が選任されるという宣言 (Ausspruch)
2. 世話人が処理しなければならない事務の範囲の限定

3. 場合によっては、障害者が自由に処分したり義務を負担しうる範囲
4. 世話人の名前
5. 費用の宣伝

が含まれていなければならない。』

#### 245条

「手続の中止または世話人の選任の決定は、理由を付さなければならない。世話人が選任されるときには、さらに、最終意思による処分をすることについて特別の方式を要求する規定（民法568条）があることを指摘しなければならない。』

#### 246条

「①手続の中止決定は障害者およびその代理人に送達し、世話人の選任の決定は障害者自身には直接（zu eigenen Händen）送達し、[さらに] その代理人および世話人に [も] 送達しなければならない。

②裁判所、または、それが目的にかなうときには裁判所の委託により世話人は、適切な方法で、必要があれば治療している医師を動員して、障害者に決定の内容を説明しなければならない。』

#### 247条

「世話人選任の決定は、既判力の発生とともに、効力を生ずる。』

#### 248条

「①世話人の選任については、適切な方法で、手続の結果からみて、特に世話人の申立からみて通知に根拠のある利益を有する者・機関および地方公共団体（選挙人登録簿）には、通知しなければならない。

②さらに、世話人の活動範囲が公の帳簿および登録簿に登録された権利を含むときには、裁判所は、世話人の選任が当該帳簿（登録簿）に登録されるように指示しなければならない。

③そのうえ、裁判所は、法的利益を有していると疎明する者の照会により、世話人の選任およびその活動範囲についてその者に情報を与えなければならない。』

#### 249条

「①世話人選任の決定に対しては、異議申立（Rechtsmittel der Vorstellung）は許されない。

②抗告は（Rechtsmittel des Rekurses）、障害者、その代理人および選任された世話人に許される。

③抗告が障害者（その代理人）からなされたのでないときには、抗告の正本は、2通、場合により3通交付しなければならない。正本は、障害者（その代理人）に送達しなければならない。この者は、抗告状の送達後14日以内に、第1審裁判所に抗告に対する答弁書を提出することができる（freistehen）。』

## 250条

「①第2審裁判所は、障害者が申立てまたは裁判所が必要だとみなしたときには、当該手続を239条ないし242条によって補充しまたは新たに実行しなければならない。

②第2審裁判所が第1審裁判所の認定（Feststellung）を補充しまたはそれと異なった認定をすることが許されるのは、第2審裁判所が手続を補充しまたは新たに実行した限度においてである。

③第1審裁判所における手続で、判断にとって決定的な事実に関して証拠が採用されたときには、障害者の同意を得て、証拠採用調書を読み上げて新たな証拠採用を断念することができる。」

## 251条

「世話の終了、制限または拡張 [の手続] には236条ないし250条を準用する。[その際には] 鑑定人の召喚は見合わせる。」

## 252条

「①手続の費用は、連邦が立て替えなければならない。

②世話人が選任されまたは世話が拡張されるときには、障害者の生活関係、特にその収入、財産および配慮義務を考慮して公正にかなう場合に限り、裁判所は、障害者に費用の全部または一部の償還を義務づけなければならない。それ以外の場合には、費用は連邦が負担しなければならない。」

## 資料2 世話人法の運用の実態

世話人法による新制度の運用の実態（1987年現在）は以下のとおりである。

### (1) 世間一般の状況<sup>(1)</sup>

世話人選任手続継続総数5711件の70%にあたる約4000件がこの年に新たに増えた分である。手続総数のうち29%が世話人選任のケースである（手続の中止が14%）。この年に初めて世話人が選任されたのは1657件で（人口10万に対し22。ちなみに全人口は755万人）、前年に比べて約100件増加した。この増加割合は、旧法下のものより50%も多い。この年に初めて選任された世話人の職務は、その67%（1104件）があらゆる事務の処理である（273条 a 3 項 3 号。ちなみに同項 1 号は 6 %、2 号は 27%）。前年と同様に世話人の59%が近親者で、協会世話人によるのは198人で全体の12%にすぎない（法律専門家は19%で前年より減少）。協会世話人の割合が増加しないのは、新規世話の数が増えたのに世話人協会の設立があまり増えていない点に原因があると指摘されている。

さて、1987年の全世話件数は、21539件（前年より約300増加。人口10万人に対して285）である。そのうち少なくとも75%が旧法時代から継続したものである。あらゆる事務の処理のために世話人が選任されたのは19227件で全体の89%を占め、この年に新規に世話人が選任されたケースに比べて著しく多い。この年の全世話件数における近親者の世話は72%（15355件）であるのに対して、協会世話人のそれは5%（1116件）にすぎない。

以上のまとめとして、旧法に比べて世話人選任の増加の傾向が窺えること、従来どおり2/3以上があらゆる事務の処理のために世話人が選任されていること（これは旧法下の能力剥奪のケースに関する裁判所の組織的な検討があまり進んでいないことを示している）などの点から、被世話人の能力に応じて世話人の職務を限定するという新法の目標は未だ達成していないといわざるをえない、と指摘されている。

### (2) 世話人協会について<sup>(2)</sup>

#### 1) 組織・スタッフ

世話人協会は、各州に設置されている。ただし、フォアアルルベルク州（Vorarlberg）だけは、社会サービス局（Institut für Sozialdienste）という組織で、世話人協会はない。また、ニーダー・オーストリア州（Niederösterreich）では、世話人協会（クロスターノイブルク、コールノイブルクにある）のほかに、州立世話人協会がザンクト・ペルテンにあり、メルクなど4ヶ所に支所を有している。さらに、ウィーンは、本部のほかに、ウィーン協会、西ウィーン協会がそれぞれあり、オーバー・オーストリア州には、リンツ、ヴェルスに協会がある。その他の州では、協会は各々1ヶ所設置されている。1987年現在、以上の事務所・出張所の総数は18である。

（協会の事務部門の仕事を除いたうえで協会の報告に基づき算定された）専門世話人は、前年より3.9人増加して39.6人である（1989年には42人）。年間約10人の増加という政府の計画は完全に失敗した。国の補助金が少ないことがその理由である。しかも専門世話人の需要は140人と予想されていたので<sup>(3)</sup>、この年はその28%しか達成していない。しかし、ボランティア世話人は、前年より40%増の230人で（1987年末現在）、増加の傾向を示している。なお、協会の経費のうち、当初、専門世話人一人あたり年間25万シリングが必要として、専門世話人の人件費はおよそ年額3500

万シリングかかると見積もられた。またボランティア世話人の教育等にかかる費用は、モデル・プロジェクト（1981年／1982年）では、現実に200万シリングかかったという<sup>(4)</sup>。なお、1989年の世話人協会に対する国の補助は2700万シリングで、当初の予想より少ない。

協会の仮世話・世話は、同年末現在で前年より約250件増えて1464件となった（そのうち仮世話の割合は16%）。これはボランティアの増加に起因し、562件（全世話数の38%）がボランティアによるものである（前年より9%増）。1人平均2.4件を世話している（専門世話人は一人23件を担当。1989年では27人）。

## 2) 世話人選任手続における仮世話人（協会世話人）・被世話人の状況<sup>(6)</sup>

仮世話人（訴訟世話人も含む）の94%に専門世話人が選任されている（以下の統計の母数は488）。協会世話人が訴訟世話人としてのみの役割を果たすのは42%で、仮世話人を兼ねるのは49%、仮世話人のみの役割は8%である。

被世話人は、女性が52%、男性が48%である。この被世話人を年齢別にみると、29歳以下が18%、30歳以上59歳以下が39%、60歳以上79歳以下が24%、80歳以上が18%となっている。

被世話人の居住場所としては（1987年現在の状態を基準にしている。被世話人の状況については以下同じ）、自宅での一人暮らしが（privater Haushalt allein）32%、自宅に他の者と同居しているのが25%、精神病院（psychiatrisches Krankenhaus）に入院しているのが13%、ホーム（老人ホーム、社会福祉施設、宿舎、年金者用ホーム）に入居しているのが26%（その他が20%）である。近親者（nahestehende Person）<sup>(6)</sup>の利用が可能なのは65%で、35%の者はそれが期待できない状態である。現実に近親者の援助・世話がなされているのは38%、社会サービスによる援助などを受けているのは15%、その双方による援助・世話を受けているのは9%で、まったくなんらの援助・世話を受けていない者は38%もいる。財産（または5万シリング以上の基本財産 [Kapitalvermögen]）を有している者は32%おり、財産がない者（または基本財産があっても5万シリング以下しかない者）は32%もいる。もう少し財産・負債の状況を見てみると（複数回答。ただし、選択肢②から⑤までは1つしか選択できない）、①不動産を所有しているのが19%、②30万シリング以上の基本財産がある者が3%、③5万シリング以上30万シリング未満の基本財産がある者16%、④基本財産がないかまたはあっても5万シリング以下であるのは6%、⑤負債が5万シリング以上ある者は6%いる。収入源を見てみると（選択肢は2つまで選択可能）、職業に従事しているのは（障害者用の職場を含めて）8%にすぎず、59%は年金に依拠している。月額5000シリングの収入（実質所得。一般社会保険法上の控除をしない）しかない者は46%もいる（50%はそれ以上の収入を得ている）。

世話人選任手続開始のきっかけとしては、本人の申立が11%、近親者の通告に基づくものが23%、近親者以外の私人による通告に基づくものが3%である。官庁の通告によるものが33%、社会施設・医療施設からの通告によるものが26%ある。このような申立・通告の原因となった問題としては（複数回答）、所得・財産の取得・保持の問題が54%、私的な法律行為における問題が37%、世話・取扱いが保障されないかまたは拒否されたことに関するものが17%、他人に負担をかけたり危害を及ぼす問題が9%、官庁に対する行為ができないという問題が48%、現実に行為能力がない

ことに関するものが5%などである。障害事由としては、精神障害<sup>(7)</sup>が19%、老齢による心的疾病(altersbedingte psychische Erkrankung)<sup>(8)</sup>が27%、分裂症的精神病<sup>(9)</sup>が17%、妄想症候群<sup>(10)</sup>が6%、アルコール中毒<sup>(11)</sup>が8%であり、専門家の鑑定・診断のないものが13%もある。

1987年末における手続の進行ぐあいについては、世話人の選任に至ったのが、31%(273条3項1号の世話人は1%、2号の世話人は18%、3号の世話人は12%)、手続の中止が14%、当該関係者の死亡が4%、協会世話人が解任され(Enthebung)、他の代理人・仮世話人が選任されたのが4%である。世話人が選任されたケースと手続が中止されたケースを改めて整理すると(母数は222)、前者が69%(1号世話人が3%、2号世話人が39%、3号世話人が27%)、後者が31%である。

世話の期間としては(1987年末までもしくは、1987年中に仮世話人が解任または本人が死亡した者も含む)、3ヶ月以内が36%、4ヶ月以上半年以内が17%、7ヶ月以上1年以内が18%、1年1ヶ月以上2年以内が9%で、2年1ヶ月以上が17%もある。

世話人が選任されたケースにおいて(母数は153)、世話人に誰が選任されたかについて、手続中に世話をしていた協会世話人自身は56%、協会のその他の専門世話人は3%、ボランティア世話人は12%、近親者は13%、法律専門職は7%などとなっている。世話人の職務範囲内の事柄について被世話人が自由に処分・負担行為をすることができることとされたのはわずかに13%にすぎない(273条a1項2文参照)。(選任決定の際に認められた)1号世話人、2号世話人の職務としては(母数は94。複数回答)、収入・所得の保全・管理が64%、財産の保全・管理が47%、私的な取引における代理が30%、官庁に対する代理が61%、世話・治療施設に対する代理が20%となっている。

選任手続期間中に協会世話人が法的手段を利用したのは(母数は488)、世話人選任決定に対して、選任手続におけるその他の決定に対してがそれぞれ2%、その他の手続においてが6%である。

### 3) 世話人が選任されたケースにおける世話人・被世話人の状況(母数は1351)

専門世話人による世話が59%、ボランティア世話人によるものが41%である。1号世話人が4%、2号世話人が30%であるのに対して、3号世話人は65%もいる。

被世話人の56%は男性で、残り44%が女性である。年齢は、29歳以下が16%、30歳以上59歳以下が52%、60歳以上79歳以下が23%、80歳以上が9%である。住宅環境としては、自宅における一人暮らしが18%、自宅に他の者と同居が20%、精神病院に入院しているのが25%、ホームに入居しているのが33%などである。近親者の利用可能性がある者は53%で、残り47%はその可能性がない。近親者の援助・世話を受けているのが25%、社会サービスによるものが13%、その双方の援助・世話を受けているのが7%で、残り55%はこの種の援助・サービスを全く受けていない。被世話人の財産状態について、財産を有している者は36%、財産がないかまたは5万シリング以下の基本財産しかない者は60%にのぼる。もう少し詳しくみると(複数回答)、①不動産を有している者は15%、②30万シリングを超える基本財産を有しているのは4%であるのに対して、③5万シリング以上30万シリング以下の基本財産を有しているのは23%、④5万シリング以下の基本財産を有しているかまたはまったく基本財産を有していない者は62%もいる。⑤5万シリング以下の負債のある者は2%、⑥それを超える負債のある者は3%いる(②から⑥までは一つしか選択できな

い)。職業に従事しているのは、障害者のために特別配慮されている職場も含めて6%にすぎず、年金収入が50%、定期的な所得のない者も11%いる。生活保護を継続的に受けているのは7%、孤児年金(Waisenpension)を受けているのが11%もいる。さらに月額5000シリング未満の収入しかない者が54%もいる。

最終的な鑑定における病気・障害としては、精神障害が45%、老齢による心的疾病が12%、精神分裂症が23%、妄想症候群が4%、アルコール中毒症が8%である。

能力が剥奪された時期または最初に世話人が選任された時期について、1945年以前が3%、1946年から1955年までが5%、1956年から1965年までが9%、1966年から1975年までが15%、1976年から1980年までが10%、1981年から1984年までが15%で、1985年から1987年までが37%である。

1987年末の世話の状況としては、世話が継続しているのが90%で、世話が終了した残り10%のうち、世話の廃止が3%、被世話人の死亡が4%、(従前の世話人が)解任されて新たにほかの世話人が選任されたのが3%である。

世話の期間としては(1987年末現在。ただし、この一年以内に解任もしくは本人の死亡があった場合にはその数も含む)、3ヶ月以内が9%、4ヶ月以上半年以内が7%、7ヶ月以上1年以内が13%、1年1ヶ月以上2年以内が24%、2年1ヶ月以上3年以内が28%、3年1ヶ月以上が17%である。1987年中に解任または本人の死亡により世話が終了したケースについて(母数は133)、世話の期間が3ヶ月以内は9%、4ヶ月以上半年以内は5%、7ヶ月以上1年以内は11%、1年1ヶ月以上2年以内は38%、2年1ヶ月以上3年以内は23%、3年1ヶ月以上は7%である。

1987年中に世話人の職務範囲を変更したかどうかについては、職務範囲を制限したのが2%、逆に拡大したのが1%、世話人の職務範囲内の事柄につき被世話人の処分の可能性を制限したのが1%である。世話人の職務としては(母数は450。複数回答)、収入・所得の保全・管理が69%、財産の保全・管理が50%、私的取引における代理が24%、官庁に対する代理が63%、世話・治療施設に対する代理または世話・治療の措置の確保(Sicherstellung)が16%である。世話人の職務範囲内の事柄につき被世話人の処分可能性を認めたケースは10%である。

協会世話人が上訴手段を利用したのは選任手続におけるのが1%で、その他の手続におけるのが7%である。

(1) 以下は、Ludwig Boltzmann-Institut für Medizinsoziologie, Sozialwissenschaftlicher Begleitforschung eines Modellprojekts Sachwalterschaft Jahresbericht 1987, Teil I Sachwalterschaftsstatistik 1987による。

(2) 以下は、Ludwig Boltzmann-Institut für Medizinsoziologie, Sozialwissenschaftlicher Begleitforschung eines Modellprojekts Sachwalterschaft Jahresbericht 1987, Teil II Die Entwicklung der Vereinesschalterschaft im Jahr 1987 (世話人協会に対するアンケート調査の結果をまとめ、分析したもの)による。1989年の情報は、同年8月14日にウィーンの世話人協会本部で Sutterlüty 夫人ほか一名に対して行ったインタビューで得たものである。

(3) Ent-Hopf, Sachwalterschaftsgesetz, 1983, S.138f. によると、旧法下での行為能力の剥奪・制限を受けた者が26000人から27000人であるという数字から、専門的な世話を必要とする者は14000人と

算定し、専門世話人も1人当たり100人以上の世話は不可能であろうとして、協会の専門世話人の数を140人としたようである。

(4) Ent-Hopf, a.a.O., S.138f.

(5) 以下では、障害者が居住場所を移動するなどして複数の世話人の世話を受けた場合には、最後の世話人のみがアンケートに答えることになっている。

(6) 近親者とは、定期的に個人的接触があり、かつ障害者に近親者と認識されている親戚および親しい友人を指す。

(7) 精神障害とは、精神薄弱（軽愚、痴愚、白痴）、精神の発達の遅れを指す。

(8) 老齢による心的疾病とは、老人性痴呆（Altersdemenz、senile Demenz）、老人性精神薄弱、動脈硬化による痴呆、衰弱、老齢による錯乱状態を指す。

(9) 分裂症的精神病とは、（詳細な名称のない）精神病、精神分裂症、Morbus Bleuler、分裂症的形態にはいるもの（schizophrener Formenkreis）、ヘベフレニー（思春期の精神分裂症）、妄想的分裂症、緊張病性分裂症、分裂症的欠陥状態を指す。

(10) 妄想症候群とは、妄想症、偏執症様痴呆、好訴妄想、過敏な関係妄想（分裂症を除く）を指す。

(11) アルコール中毒症とは、アルコール性精神病（飲酒家せん妄、アルコール性精神錯乱、コルサコフ症候群、アルコール性痴呆、アルコール幻覚症、アルコール性嫉妬妄想）、アルコール依存症（慢性アルコール中毒症）を指す。

# 高齢者との銀行取引

——意思能力・行為能力を中心として——

天 野 佳 洋

## 1 はじめに

日本社会の高齢化は急速な進展をみせており、65歳以上のいわゆる老人の全人口に占める割合は、現在では11%を超える状態にまでなっており、2021年には23.6%にも達すると予想されている。

当然、銀行取引の分野においても、高齢者との取引が増加してくるわけであるが、預金の払戻し、貸出実行等の場面で、相手方が高齢者であるが故の問題として、特に意思能力の有無に留意する必要がある。

この点、民法では、意思能力に問題がある人について、禁治産者、準禁治産者という行為無能力者制度を設けてこれらの人の保護を図っているが、外聞等の事情から、よほどの事情がない限り、この制度を利用することはないというのが実情である。

この結果、高齢者を相手方とする銀行取引では、例えば意思能力に問題が生じた老人の入院費用として身内の者から当該老人の預金からの支払請求がなされたり、あるいは、相続税対策として老人所有土地上に建物を建築するための借入、担保提供の申し出がなされた場合等、対応に苦慮する場面も多いと思われる。

本稿では、高齢者との銀行取引において、意思能力、行為能力の有無からくる問題を考察するものであるが、紙幅の関係から、想定する銀行取引は、預金取引、融資取引を中心とすることとし、振込、手形行為については、論点の整理にとどめた。

## 2 取引開始時の意思能力、行為能力の有無

### (1) 意思無能力者であった場面

#### ①行為無能力者制度の活用

高齢者と銀行取引を開始するにあたり、そもそもこの段階で意思能力に問題がある場面には、この者と取引するわけにはいかない。いうまでもなく、意思無能力者の法律行為が無効とされることによる。

この場合の銀行取引は、どうしても行為無能力者制度の利用で考えざるをえない。

#### ②意思無能力者と取引した場合の効果

仮に意思無能力者と取引してしまった場合、その法律行為は無効であり、当事者が意図した法律効果は初めから当然に無効である。これは、取引の相手方が善意か否かを問わ

ない。

また、既に履行がなされていた場合、受領者は受領物を返還しなければならず、この返還義務の性質は不当利得返還義務とされている。銀行取引に則していえば、預金取引が、預金者の意思無能力を理由として無効とされれば、銀行は当該金銭を返還すればよい。もっとも、誰に返還すれば銀行は免責されるのかという問題（相手方の受領能力）は残る。一方、融資取引が、債務者の意思能力を理由に無効とされた場合、行為能力に関する民法121条但書は、意思無能力者による無効の場合にも類推適用があると考えられている結果<sup>(4)</sup>、貸付金の全額の返済がえられるとは限らず（後記(2)②参照）、この点で、銀行にとっては、預金取引の無効とは異なり、融資取引の無効は重大な問題となるといえよう。

## (2) 行為無能力者であった場合

### ①行為無能力者制度による取引の相手方

法は、意思無能力者に限らず、意思能力はあっても不完全な者は、行為能力（単独で確定的に有効な法律行為をなしうる資格）を欠くものとし、その定型を定めることによって、かれを保護し、一方で取引の相手方を警戒させることとしている。これが行為無能力者制度であるが、取引開始時において、相手方たる高齢者が行為能力者であることが判明した場合は、次の通りとなる。

(i) 禁治産者 心神喪失の常況にある者で、家庭裁判所が医師等の鑑定により禁治産の宣告をなした者を、禁治産者というが、禁治産者との取引にあたっては、その法定代理人たる後見人と取引することになる（民法8条）。

(ii) 準禁治産者 心神耗弱者及び浪費者で、家庭裁判所により準禁治産の宣告を受けた者を準禁治産者というが、準禁治産者との取引にあたっては、一定の行為について保佐人の同意が必要とされている（民法12条）。

銀行取引との関係では、借財・保証、元本の受領・利用、不動産又は重要な動産に関する権利の得喪を目的とする行為などが全て、この同意を要する行為となっていることより、融資取引については原則として、全て保佐人の同意を要するものと考えられる。

一方、預金取引については、契約の締結自体は、原則として保佐人の同意を要する行為に当たらないと思われるが（但し、当座勘定取引は、「元本ノ受領、利用行為」に該当することより、契約締結時に保佐人の同意を要しよう）、預金の払戻しは「元本ノ受領」に当た

ることより、実務上は、取引開始時に保佐人との連名預金とし、払戻しに保佐人の記名・捺印を要する扱いとしておくべきであろう<sup>(2)</sup>。

## ②行為無能力者と取引した場合の効果

以上要求されている手続を経ずしてなされた行為無能力者との取引は、後日、取り消されるおそれがあるが、取り消されなければ有効である。

しかし、取り消されると、取引は初めから無効であったものとして扱われ、取引が既に履行されているときは、原状回復を要求するが、無能力者の側は、現に利益を受ける限度で返還すればよい（民法121条但書）。現に利益を受ける限度とは、借り入れた金銭あるいは預金の払戻しを受けた金銭が、そのままあるいは形を変えて残っている場合（例えば、カメラを購入し、そのカメラが残っているといったような場合である）には、それを銀行に返還せよということである。従って、取得した金銭を必要な生活費又は債務の弁済にあてた場合には、その金銭は消費しても、他の財産が残された形でその利益は現存するから、これを償還しなければならない（大判大正5・6・10民録22輯1149頁他）。これに対し、金銭を浪費したときは利益は現存しないから、返還しなくてもよい（大判昭和14・10・26民集18巻1157頁）。

一方、取引の相手方保護としては、無能力者側をして、取り消すかどうかについて確答させるための催告権が相手方に認められているほか（民法19条）、詐術をもちいた無能力者については、取消権そのものを否定している（民法20条）。

## ③意思能力、行為能力がある場合

高齢者であっても意思能力、行為能力が認められれば、取引の相手方となることに問題は無い。

もっとも、高齢で入院中の老人を取引の相手方にするような場合は、意思確認について後日トラブルが生じないように、心神状態が正常であったことについて医師の診断書を徴しておくことも、実務上は考えておくべきであろう。

ところで、高齢者との継続的取引を考えた場合、取引継続中に本人が意思能力を喪失することも十分予想され、本人としては、その際の入院費等に充当するために、自分の預金口座からの払戻し、あるいは、高齢者持家担保融資制度等の極度貸付契約が締結してあれば、借入れによる資金捻出を、希望することもある。

この場合の対応策としては、任意代理人の事前選定が考えられる。もっとも、任意代理

人の事前選定については、そもそも、本人の意思能力が正常な時に、授権の範囲を明確にして付与された代理権は、その後、本人が意思能力を喪失しても、消滅することはないと考えてよいのかという問題がある。

代理権の存続を肯定する立場から、次のような説明もなされているので引用する<sup>(3)</sup>。即ち、「代理権の消滅事由を定めた民法111条は、①本人の死亡、②代理人の死亡、禁治産または破産を消滅事由に掲げているが、本人の意思能力の喪失ないし無能力は代理権の消滅事由に掲げていない。また、任意代理権の消滅事由になる委任の終了に関し、委任の終了事由を定めた民法653条は、①委任者または受任者の死亡または破産、②受任者の禁治産宣告を終了事由に掲げているが、委任者の意思能力の喪失ないし無能力は委任の終了事由に掲げていない。…前各条の文理解釈からは、本人または委任者の意思能力喪失による代理権消滅の合意がある場合を除き、本人または委任者の意思能力の喪失は代理権に影響を及ぼさない」と。この点、本人の意思能力喪失により、代理人に対するコントロールが及ばなくなるとして、代理権の存続に批判的な説もあるが<sup>(4)</sup>、後述のとおり（3(2)）、任意代理権の存続を認めても問題はないと思われ、また実務上の要請に沿うものと考えられる。

### 3 取引継続中の意思能力、行為能力の喪失

#### (1) 任意代理人の事前選定がなされていない場合

以下では、高齢者との取引継続中に、本人が意思能力あるいは行為能力を喪失したことを知らずに、取引を行ってしまった場合の効果について考察する。

##### (i) 預金取引

(i)ここでの問題は、通帳・印鑑をもってなされた高齢者による店頭での預金の払戻しが、実は、意思能力あるいは行為能力に問題があった場合、債権の準占有者に対する弁済（民法478条）あるいは預金規定の免責約款により、有効な弁済とされるかである（もっとも、民法478条にせよ免責約款にせよ、支払銀行に過失があれば、これらによる保護は期待できないとするのが、判例・通説の立場であることより、意思能力者による店頭での払出しは、支払銀行の過失が認定される場合も多いと思われ、現実の問題となるのは、行為能力者、それも準禁治産者による払戻しの場合が問題となるものと思料される）。

この点、銀行が善意、無過失であれば、民法478条により有効な弁済となるとする見解もあるが<sup>(5)</sup>、制度上の批判はあるものの、意思無能力者あるいは行為能力者の法律行為は相手

方の善意、悪意にかかわらず、無効あるいは取消とされること<sup>(6)</sup>、取引の安全が保護されている動産取引、有価証券取引の分野でも、無能力者の直接の相手方は、動産に関する善意取得の規定（民法192条）等による保護が受けられないこと<sup>(7)</sup>、即ち、法は取引の安全よりも無能力者の保護を優先させていることからすれば、民法478条の適用も難しいと考えざるをえない。

次に、預金規定の免責約款による保護が期待できるかであるが、債権の準占有者に対する弁済に関する民法478条と預金規定の免責約款とは、その適用場面に差を設けないのが通説・判例の立場であり、前述の取引の安全よりも無能力者の保護を優先させるという法政策上の要請、並びに、附合約款の効力一般論の問題を考え併せれば、免責約款の適用についても否定的に考えておくべきであろう。

以上からすれば、意思能力あるいは行為能力に問題のある者による預金の払戻しは、無効あるいは取消とされることになる<sup>(8)</sup>。

(9)以上は、銀行の店頭で、通帳・印鑑をもってなされた預金の払戻しについてであるが、預金自動支払機（C・D）を操作して、キャッシュ・カードで預金を払い出した場合については、機械のディスプレイに表示された指示に従い正しい操作を行うことが必要ということからして、意思能力の存在は認められるものと思われ、現実にはやはり行為能力者、それも準禁治産者による払戻しが問題となるものと思われる。

ところで、キャッシュ・カードによる払戻しに関する、東京高判平成元・7・19（金融法務事情1229号64頁）では、約款にもとづき銀行の免責を認めており、民法478条の適用については、判断を示していない。しかしながら、キャッシュ・カードによる払戻しが弁済にあたり、キャッシュ・カードを保有し暗証番号を知っている者が準占有者にあたることに問題はないと思われ<sup>(9)</sup>、また、善意・無過失に関しても、カード利用の申込み、暗証番号の決定・保管、オンラインシステムの漏洩防止、カードの読み取りなどの被害への防止、ビデオなどによる現場の監視、関係者の注意などを総合して、過失が判断されるべきとの指摘もなされており<sup>(10)</sup>、キャッシュ・カードによる払戻しについても、民法478条の適用又は準用を認めることができよう。

従って、キャッシュ・カードによる払戻しについても、支払銀行の免責の法理は、預金規定の免責約款、又は民法478条によることとなるが、意思能力者、行為無能力との関係では、結論的には、前記(イ)に述べたところと同じとなろう。

(イ)ところで、意思能力、行為能力に問題のある高齢者本人ではなく、他の第三者によって、通帳・印鑑による店頭での払戻し、あるいはキャッシュ・カード、暗証番号による機械からの払戻しがなされた場合については、支払銀行と意思能力、行為能力に問題のある預金者との間には、第三者が介在している。即ち、支払銀行は、意思無能力者、行為無能力者との直接の取引の相手方ではなく、第三者にあたることより、債権の準占有者に対する弁済の法理によって保護されよう<sup>(11)</sup>。因みに、民法478条に関する通説は、債権者の帰責事由を要求せず、徹底した外観法理で理解しているとされている。

また、この場合は、免責約款の適用も認めてよいのではなかろうか。

#### (ii) 融資取引

任意代理人の事前選定がない場合に、高齢者との継続的融資取引として実務上考えられるものは、総合口座取引における当座貸越程度と思われる。

この点、総合口座取引における当座貸越と相殺による回収についても、民法478条の類推適用を認めるのが判例の立場であり（最判昭和63・10・13金融法務事情1205号87頁）、意思能力、行為能力に問題のある高齢者に対する総合口座取引による当座貸越についても、銀行の救済の法理は、同様に、民法478条で考えることとなり<sup>(12)</sup>、預金取引で述べたところと結論を同じくするものと思われる。

#### (2) 任意代理人の事前選定がなされている場合

前述の通り、任意代理人の事前選定という方法をとれば、高齢者との銀行取引も、受与信ともに取引に幅をもたすことができ、また本人の希望にも沿うことが可能となる。

この場合でも、高齢者本人と取引した結果、本人に意思能力、行為能力に問題があったときの法律効果は、3(I)に述べたところと同じである。

ここでの問題は、高齢者本人が、意思能力、行為能力を喪失した際に、事前選定された任意代理人のコントロールをどのように行うかという点にある。任意代理人が本来の意図に沿わないような行動をとった場合、これに制限を加える必要が生じてくることによる。

これについては、後見人、保佐人の選任によるコントロールが期待できると思われる。

例えば、禁治産の宣告をえれば、法定代理人である後見人が選任されることとなるが、この場合、法定代理人たる後見人と事前選定された任意代理人との関係が問題となる。

両者併存すると考えるのか、それとも法定代理人の選任により任意代理は終了すると考

えるのか、また、併存するとした場合、両者の関係をどう考えることになるのか。

この点、後見人は、被後見人の財産を管理する権限を有するが（民法859条）、ここで財産管理とは、財産の保存、財産の性質を変じない利用、改良を目的とする行為のほか、管理の目的の範囲において処分行為をすることも妨げない、と考えられており<sup>(13)</sup>、任意代理人を解任する権限を有すると考えることに問題なかろう。更に、本人が単独で法律行為を行うことに制限が生じた以上、その任意代理人も単独では法律行為を行うことができないとも考えられることより、法定代理人たる後見人の選任により、事前選定されていた任意代理の法律関係は終了すると考えてもよいではなかろうか。

また、準禁治産宣告をえれば、保佐人が選任されることになるが、預金の払戻しや、融資取引は、準禁治産者本人が単独で行うことができず、保佐人の同意を要する取引であり、（準禁治産者）本人が単独で法律行為を行うことができない事態が生じた以上、（準禁治産者の）任意代理人が行為する場合にも単独で法律行為を行うことはできず、やはり保佐人の同意を要するものと考えべきであろう。

このように解することにより、本人の意思能力喪失後においても任意代理権の存続を認めることの問題点もクリアーできよう。

#### 4 その他の銀行取引

##### (1) 振込

高齢者が、意思無能力者あるいは行為無能力者となった場合、この者による振込委託の法的効果については、無効、取消という民法の一般原則をそのまま適用してよいか議論されている。

振込取引は、多数当事者の存在、原因関係と切断された抽象的な取引であること、資金移動の手段である、といった特殊な性格を有することより、動的安定性が要求される取引と考えられており<sup>(14)</sup>、また、受取人の口座に入金後も無能力者は自由に振込委託の取消しができるとした場合、原因契約の相手方（受取人）が、既に預金を引き出してしまっており、しかも無資力となっていたケースでは、無能力者がもし現金払いしていれば、その契約を取り消してみたところでお金は返ってこなかったのに、たまたま銀行を介して支払ったが故に銀行という支払確実な者からの取返しを認めることになるが、これは無能力者保護の要請を超えているのではないかと<sup>(15)</sup>といった点も、問題として掲げられている。

この点、振込委託の抽象的性格等を理由に受取口座への入金記帳後は、もはや行為無能力による取消しは認められないとする説（意思無能力による無効の主張も制限するものと推測される）もあるが<sup>(16)</sup>、振込取引が対価を得て行なわれる有償双務契約であり、この場合に無能力者保護の一般原則の適用を排除すべき根拠に乏しいとの指摘もあり<sup>(17)</sup>、やはり民法一般原則の適用を肯定するのが一般的とされている<sup>(18)</sup>。

## (2) 手形行為

高齢者との当座取引において、高齢者が意思無能力あるいは行為無能力となった場合、かれが振り出した手形・小切手の効力に影響するとともに、手形・小切手取引では他の利害関係人が登場することより、これらの者の権利関係も問題となる。

例えば、手形がAからBに振り出され、BがこれをCに裏書譲渡したが、Aの意思能力（あるいは行為能力）に問題があったケースを想定すれば、民法の一般原則通り、Aの手形行為は当然に無効（あるいは取消しにより無効）とされ、Aは何人に対しても手形上の義務を負わないことに異論はない。

ところで、所持人Cは、Aに対し手形上の責任を問うことはできないが、Cが善意、即ち、直接の前者であるBが無権利者であることを知らない場合には、手形行為独立の原則により、Bに対し、裏書による担保責任を追及することができる。一方、Cが悪意の場合には説が分かれており、判例（最判昭和33・3・20民集12巻4号583頁）は、この場合にもCに遡求権を認めるが、学説はこれに批判的な見解（CのBに対する遡求権の成立を認めず、AはCから手形を取り戻すことができるとする）が有力である<sup>(19)</sup>。

(1) 四宮和夫・民法総則（第4版）211頁。

(2) 鈴木正和「高齢者・身体障害者等との銀行窓口での取引」手形研究440号16頁。

(3) 水澤慎「高齢化社会と銀行取引」金融法務事情1229号28頁。

(4) 新井誠「高齢者の意思能力喪失と代理・委任」ジュリスト943号64頁。新井説では、本人の無能力によって任意代理権は消滅し、任意代理から法定代理へ移行するのであり、その間に時間的ギャップがあった場合についての規定が民法654条である、とする。

(5) 鈴木正和＝上野隆司「高齢者との取引と実務上の留意点」月刊 LEGAL 88-12・47頁〔上野発言〕、村岡二郎＝寿円秀夫・預金取引33頁。

(6) 谷口知平＝石田喜久夫編・新版注釈民法(1) 290頁〔篠原弘志〕、於保不二雄編・注釈民法(4) 222頁〔奥田昌道〕。

- (7) 四宮・前掲書48頁。
- (8) 日常の定型的な取引や組織体の構成員としての法律行為等については、それによって事実上利益を享受したり組織体の内部に編成された場合には、意思能力・行為能力を問うことなく、有効な法律行為があったものとして処理しようという考え方（いわゆる事実上の契約関係論、社会定型的行為論。川島武宣・民法総則174頁）を承認すれば、少額な預金の払戻しであれば有効な法律行為とされよう。但し、振込取引についてはこの法理の適用も否定的に解されており（岩原紳作・金融法務事情1164号12頁）、融資取引も同様と考えられよう。
- (9) 鈴木重信他「最近の預金法務をめぐる諸問題」金融法務事情1229号43頁〔吉原発言〕。
- (10) 林良平「CDカードによる払戻しと免責約款」金融法務事情1229号15頁。
- (11) 四宮・前掲書211頁。
- (12) 銀行救済の法理に関しては、学説上種々の見解が主張されているが、判例上は478条類推適用説をとる立場が一貫してとられている。篠田省二・金融法務事情1115号17頁。
- (13) 於保不二雄編・注釈民法(2)315頁〔中川淳〕。
- (14) 太平正他「振込規定試案——試案の逐条解説」金融法務事情1153号20頁。
- (15) 後藤紀一「EFT取引の法的問題点と最近のイギリスおよび西ドイツの事情について」金融法務事情1219号52頁。
- (16) 後藤・前掲論文53頁。
- (17) 磯村保「振込取引の規定化と契約法理」金融法務事情1198号12頁。
- (18) 岩原紳作「振込規定試案の問題点と限界」金融法務事情1164号12頁。
- (19) 上柳克郎「手形行為の取消」新商法演習3手形・小切手50頁。大隅健一郎＝河本一郎・注釈手形法・小切手法62頁。

# 老人ホーム契約の展望

—ドイツ、イギリスの現状を見て—

濱 田 俊 郎

## I はじめに

近年におけるわが国の有料老人ホームの建設ラッシュには目ざましいものがある。核家族化、高齢化が一段と進む中で、親子の意識の変化、とりわけ親側の老後の自立指向とそれを支える経済力の向上のほか、病臥時のケア確保の要望の存在等がその背景事情として考えられる。

有料老人ホーム契約は、設置者による居室の提供と食事、ケアを含んだ種々のサービスの提供に対し、利用者が対価を支払うことを骨子とする。居室の提供が区分所有建物の分譲方式または利用権の設定方式のいずれによるにせよ、利用者が支払う対価または一時金はかなりの高額となり、月々の管理費、食費および介護費等も相当の金額に上る。しかも、有料老人ホーム契約は、利用者が高齢者であること、原則として終身にわたる継続的契約であり、サービスの内容が利用者の変化する心身の健康に係わるものであること等から、手続面・内容面での法的規制をいかにに行い、また、それをいかに担保するかということが今日的な課題となる。

筆者は、一昨年、財団法人トラスト60の高齢者財産管理法学会欧州視察団の一員として、西ドイツ（当時）、イギリス等の老人ホームを視察し、西ドイツ（当時）のホーム法の権威であるゲルハルト・イグル博士から、同国における老人ホームの法的規制の状況および法改正の動向等についての意見を聞く機会を得た。本稿では、その結果も踏まえつつ有料老人ホーム規制のいわば先進国たるドイツの現状、法改正の経緯等を紹介し、あわせてイギリスの現状をも概観したうえで、わが国の老人ホーム、老人ホーム契約の法的規制との若干の比較を試みることにしたい。

## II ドイツにおける近時の動向

### 1 ホーム法の改正経緯

統一以前の西ドイツにおいては、「老人ホーム、老人居住ホームおよび成年者用介護ホームに関する法律（Gesetz über Altenheime, Altenwohnheime und Pflegeheime für Volljährige vom 7. 8. 1974）」（以下、ホーム法という）ならびにその付属法令たる「老人ホーム、老人居住ホームおよび成年者用介護ホームの居住者のホーム経営参加に関する

命令（HeimMitwirkuns V vom19. 7. 1976）」（以下、ホーム参加令という）、「老人ホーム、老人居住ホームおよび成年者用介護ホームのための建築最低基準に関する命令（HeimMindBau V vom3. 5. 1983）」（以下、ホーム建築最低基準令という）および「ホーム居住者または居住応募者の収容のために給付を受領する場合における老人ホーム、老人居住ホームおよび成年者用介護ホームの経営者の義務に関する命令（Heimsicherungs V vom24. 4. 1978）」（以下、ホーム保証令という）が既に制定・施行されていた<sup>(1)</sup>。しかし、ホーム法発行後10数年が経過する中で、同法の不備、欠陥が指摘されるようになり、人権の尊重、居住者の財産上の保護を骨子とする同法の目的をより実効あらしめるための法改正が急務とされるに至り、1990年4月23日ホーム法の一部を改正する法律（これにより改正されたホーム法を以下、改正ホーム法という）が成立し、同年8月1日から施行されるに至った<sup>(2)</sup>。以下、主要な改正点を中心に改正ホーム法の内容の紹介を行うこととする。

## 2 改正内容

### (1) 適用範囲（規制対象）の改訂

ホーム法は、民営・公営、営利・非営利を問わず、老人ホーム、老人居住ホーム、介護ホームならびに老人および介護を必要とし、または、障害のある成年者を一時的に収容・介護するのみではない同種施設を適用対象としてきたが、個々の施設のいずれがその対象となり、また前記各ホームのいずれに相当するか等解釈上の疑義が生じた。そのため改正ホーム法では施設の個別的名称による区別を捨て、施設の機能と給付の面に着目して、ホームの概念規定が行なわれ、収容者の移動の有無・収容員数の多寡にかかわらず老人および介護を必要とする老人または成人の障害者を一時的に限らず長期間収容（Unterbringung 民事・私法的な概念であり、宿泊のほか、給食、介護を含む）することを目的とする有料のホームを対象とすることとした（同法第1条第1項）。

### (2) ホーム契約の規制——民事的規制の導入

ホーム法は、ホーム経営者と居住応募者との間のホーム契約締結義務を規定するのみで、契約の形式および内容については沈黙していた。1960年から70年代初めにかけてのドイツ経済の黄金時代に開設された民間の有料老人ホームの営利主義の乱用、倒産等を契機として、公法的監督法（秩序法）として誕生した同法が、ホーム契約の内容の民事的規制を踏

躊躇したのはむしろ自然であったともいえよう。

しかし、ホーム契約の根本的問題はその法的性質が不明確で、いかなる契約類型に属するか一義的に定まらないところにあった。通説的見解では、その法的性質を、典型契約たる賃貸借契約、雇用契約および売買契約の混合契約と解し、ホーム契約の各条項の中心的要素を探究して民法上のどの規定を適用すべきかを判断することになるが、個々具体的な問題についての判断は容易ではなかった<sup>(9)</sup>。また、契約期間中に給付の変更等が予想されるホーム契約にこれらの典型契約を適用するのみで十分に対処し得るかも疑問視されるころであった。

改正ホーム法は、今回の改正の主要眼目の一つにこれらの問題解決を据え、契約内容、特に、居住者の健康状態の変動への経営者の適応、解約告知および料金の増額等ホーム契約の重要な諸点につき次のとおり新たな統一的規定を設けるに至った<sup>(4)</sup>。

#### ① 契約の方式

ホーム契約は経営者と将来の居住者間で締結され（同法第4条第1項）、その内容は、契約書の謄本を交付することにより居住者に確認されなくてはならないとして（同第2項）、従来明確でなかった書面による契約締結義務を間接的な表現ながら規定した。

#### ② 契約の内容

i 経営者の提供する宿泊、食事および介護の各サービスは詳細に記載され、これに対し支払われる料金の総額明示が義務づけられた（同項）。

ii 料金と経営者の提供するサービスの間に不均衡があってはならないとされた（同条第3項）。従来、法の目的とされていた事項を、契約の内容に関する規定中にスライドさせたものであるが、本規定が後述のとおり片面的強行規定とされていることに改正の実質的な意味があるといえよう。不均衡とは、居住者が老人および障害者であることを考慮して、経営者のサービスに対して支払う料金が、内容・範囲等が同等の他のホーム経営者のサービスに対して支払われる料金に比して著しく高いという客観的な状況があることをいい、ドイツ民法第138条第2項（暴利行為規定）のような窮迫、軽率、無経験を利用することは要件とされていない。

#### ③ ホーム経営者の適応義務

長期にわたるホームでの生活期間中には居住者の健康状態も変化するが、その場合にも適切なサービスを保証するため、経営者は、その提供するサービスを可及的に居住者の健

康状態の回復または悪化に適応させ、必要な契約の変更を申し出なくてはならないとされた（第4 a 条第1文）。これは、ホーム経営者の負う保護義務を具体的に規定したものである。悪化のみならず回復の場合をあげたのは、居住者のリハビリテーションの尊重、収容能力に限度のある療養施設の効率的利用、費用の節減等をはかるため療養施設への不必要・不適切な収容を防止しようとする意図に出たものである。なお、保護義務にはこのほか居住者の健康状態の定期的観察、その結果に応じた必要な措置義務等があげられる。

他方、ホーム経営者は契約において一方的な意思表示により、調整されたサービスに応じた相当の範囲内で、料金の増減をなす旨定めることができることとされた（同条第2文）。

#### ④契約期間および解約告知

i 従来は契約期間に関する規定はなく、期間を定めた契約の締結も可能であった。しかし、期間満了により退去を余儀無くされた場合の代替施設探索の困難さ、また、更新する場合にも予想される不本意な条件の甘受等契約期間を限定した場合の居住者の不利益に鑑み、居住者の住居を可及的、包括的に保証するため新たに契約期間は、一時的な収容を目的とする場合を除き無期限とすることとされた（第4 b 条第1項）。

ii 新たに居住者の利益のため中途解約権が認められ、遅くとも毎月の第3平日に書面により翌月末をもってホーム契約を解約することを通告し得ることとなった（同条第2項）。

iii 他方、経営者は、ホームの経営中止・著しい縮小・経営方法の変更により契約の継続が困難となったとき、居住者の健康状態の悪化によりホームでの適切な介護が不可能となったとき、居住者が契約上の義務に著しく違反したため、経営者に契約の継続を期待しえないとき、居住者が、2回連続して、期限までの料金の支払い、もしくは、料金の一部であって1ヶ月分の料金を超える額を滞納し、または、2回以上の支払い期限にまたがる期間内に2ヶ月分の料金に達する額を滞納したとき等重大な理由が存する場合にのみ契約を解約することができるに過ぎないこととされた（同条第3項第1ないし第4項）。

解約の告知は法的安定性を顧慮して、書面でなされることを要するものとし、また、その理由を明示しなくてはならないとされた（同条第5項）。経営中止・縮小等を理由とする場合は居住者の解約の場合と同様の解約予告期間が必要であるが、その他の場合には即時解約が認められる（同条第6項）。

iv 経営中止・縮小等による契約継続の困難または居住者の健康状態の悪化による看護不

可能を理由として解約する場合、経営者は、居住者の受入れ可能な条件で収容してくれる他の適当な施設を斡旋しなくてはならず、しかも前者の場合には相当な範囲内で引っ越し費用を負担しなくてはならないこととされた（同条第7項）。経営者の負う保護義務から派生した義務と解されるが、他の施設の斡旋義務が契約を成立させることまでは含まない。

v ホーム契約上のサービスが居住者本人と密接に結びついていることに鑑み、居住者の死亡により契約関係は終了するとされた。ただし、清算等のため死亡の翌月を超えない期間につき死亡後の契約の効力を残存させることは許されるものとした（同条第8項）。

#### ⑤料金の増額

i 協定された料金の増額は、従前の計算の基礎に変化を生じ、かつ、増額された料金が相当な場合に限り許されるとして、やや抽象的ではあるが料金増額的前提および根拠が示されることとなった（第4c条第1項）。宿泊、食事および介護のサービスのうちの一つの経費が増額になった場合には、計算の基礎に変化が生じたことになろう。相当というのは、同種、同等の規模・設備等をもつ他のホームで提供される各種サービスに対し通常支払われる料金総額等との比較により決せられるのであろう。

ii 料金の増額には原則として居住者の同意が必要とされるが、契約で経営者が一方的な意思表示により増額できる旨協定することも可能とされた（同条第2項）。この場合も、第1項の前提が満たされることが必要である。

iii 居住者に十分な調査・検討等の機会を与えるため、料金の増額をする場合、ホーム経営者は増額時期の少なくとも4週間前迄に書面で告知し、かつ、理由を明示しなくてはならないとされた（同条第3項第1文）。

iv 料金の増額を目的とした契約の解約告知は許されない（同条第4項）。

#### ⑥片面的強行法規性

前記①ないし⑤の規定（すなわち、同法第4条ないし第4c条）を片面的強行法規とし、これらに反し、居住者の不利となる協定は無効とし（第4b条）、規制を実効あらしめることとした。

#### (3) ホーム指定代表人制度の新設

以前から、居住者の地位、自発性、ホームへの関与の度合等を強化するため、居住者はホーム顧問委員会を通じ、ホーム経営の事務処理に関与するものとされていた。しかし、居住者の高齢化、要介護者の増加等も原因してかホーム顧問委員会の設置、育成は必ずし

も順調でないのが現状のようであり、新たにホーム指定代表人（Heimfursprecher）制度を設け、ホーム顧問委員会を設置できない期間、その任務を代行させることとした。その職務は無報酬の名誉職とされ、ホーム管理者と協議のうえ所轄官庁により任命され、居住者またはその法定代理人は、ホーム指定代表人の選任につき所轄官庁に提言をするという方法で関与しうるものとされた（同法第5条第2項）。

#### (4) 経営者および職員に対する給付の制限規定の改訂

居住者の差別的待遇等を防止し、また、協定された料金を超えた支払いをさせられる等居住者の財産が不当に減少することを防止するため、従来十分でなかった点等を踏まえて改訂された。すなわち、約定されたサービス以外のサービスについての支払い、小額の心付け、ホームの建設・取得・修理・設備あるいはホームの経営を目的として約束、授受される金員を除き、経営者が約定の料金以外の金員等の支払いを約束、收受し、または、ホームの管理者、職員等が同様の行為をすることを禁止し（同法第14条第1、第2、第5項）、ホームの建設・取得等を目的とした支払い金は最低年4パーセントの利息を付して返還すべきこととした（同条第3項）。また、月額料金の2倍を上限として保証金の徴収を認め、経営者にこれを固有財産と分別して公立の貯蓄銀行等に預金し、居住者のため利息が付くようにすべき義務を課した（同条第4項）。

#### (5) 監督官庁による監督規定の改訂

公法的規制を中心としたホーム法時代からの存在した規定をより効果的なものとするため、以下のとおり若干の改訂が行なわれた。

##### ① 許可

以前から、ホームの経営をしようとするものは、州、地方公共団体、その連合体その他の公法上の法人等を除き、居住者、応募者との契約に使用されるすべてのモデル契約および定款を添付して許可申請し、所轄官庁の許可を得なければならないとされ、かつ、不許可事由が列挙されていた。改正ホーム法も基本的にはこれを踏襲したうえで、不許可事由について申請者のホーム経営に必要な信頼性の欠如は、経営のための資力を有していないことである旨明示し、経営者の経営能力が審査、監督の基準となることを強調し（同法第6条第3項第1号）、また、要介護居住者の介護が保証されない場合として、職員の人的・専門的適性が十分でないことを特に掲げ、職員はその遂行業務に必要な十分な資格等をもつべきことを明示した（同第3号）。

## ② 許可の取消・撤回および経営の差止

従来どおり、不許可事由が存したことが事後に判明したときは、許可が取り消され、かかる事由が事後に生じたときは撤回され、または、ホーム経営の差止がなされる。

## ③ 届出

以前から、ホーム経営を引き受けたものは、直ちにモデル契約書、定款、ホーム規則等を添付のうえ経営者の名称、施設の種類、数量、管理者の職業教育の学歴等を明記して所轄官庁にその旨届け出ることを義務付けられ、変更があった場合には届出が義務付けられていたが、改正ホーム法では、経営者が法人の場合、その代理人が経営を引き受けたあとで退任し、許可後に信頼性のない者によって経営が引き継がれることを防止するため、経営者の代理権を有する者の新・退任も届出事項とした（同法第7条第2項）。

## ④ 記帳義務および保管義務

従来、経営者の帳簿作成義務は規定されていたものの、その内容・範囲等が明確でなかったため、新たに、ホームの業務内容・財産状況のほか、現在・使用中のホーム施設の数量・種類、職員の学歴・業務内容等のホーム経営に関する記録を適法な記帳原則に従って行うべきこととし（同法第8条第1項）、所轄官庁の閲覧に供するためその記録および経営に関するその他の書類等を5年間保管すべきものとした（同条第2項）。

## ⑤ 監督

報告および検査とされていた見出しを監督と改め、ホームは逐次行なわれる所轄官庁の検査により監督されることを強調し、その中心が所轄官庁による頻繁な査察である旨を明らかにした（同法第9条）。所轄官庁によってホームの監督を委任された者は、通常の業務時間内に立ち入って検査・点検を行い、業務書類を閲覧し、居住者に面会し、職員に質問等することができるのは従来どおりである（同法第9条）。

## ⑥ その他の監督規定

なお、今回改正されなかった行政的監督に関する主な規定は、所轄官庁によるホームの計画・経営および欠陥の是正についての助言、欠陥が是正されない場合の居住者の福祉の侵害を除去等のためホーム経営者に対する負担の賦課、管理者、職員等が業務に必要な適性を有しない場合のホーム経営者に対するこれらの者の就業の全部または一部の禁止等である。

## ⑦ 制裁

従来どおり、一定の義務違反者に対しては刑事罰ではなく秩序罰たる過料をもって臨むこととしている。すなわち、故意または過失により、無許可もしくは営業差止に反してホームを経営した者、金銭等の給付の約束・收受禁止、ホーム保証令に違反した経営者は、1万マルク以下の過料に、また、ホーム建築最低基準令もしくはホーム参加令に違反した者、届出・報告義務、監督措置受忍義務の各違反者、負担・指示に従わないもの、就業禁止に違反した者、金銭等の給付の約束・收受禁止に違反した管理者・職員は5千マルク以下の過料に各処せられる（第17条）。

### 3 まとめ

以上のとおり今回の改正は、ホーム契約の形式・内容に関する詳細な規定の新設等を含むかなり大幅なものであった。従来、ホーム契約の法的性質論も絡み、民法等の解釈に委ねられ、必ずしも明確でなかった契約の解約告知、料金の増額等に関する規定のほか、経営者の適応義務が新設される等民事的規定が加わり、公法的監督規定と相まってホーム契約関係を規制することとなり、居住者の利益保護に一層資するものとなったといえよう。

しかし、今回の改正法もホームに関する法律事項を網羅するものではなく、規定の存しないものについては、依然、民法その他の法令が適用されることになる。ホーム契約上の利用権の第三者対抗力の問題も民法等の解釈に委ねられ、契約の法的性質の探究作業を余儀なくされよう。また、ホーム契約に必然的ともいえる契約時およびその後の居住者の意思能力の減退・喪失や財産管理に関する問題は、民法の諸制度に委ねられることになろう。

## III イギリスの状況

### 1 はじめに

イギリスにおける民間の老人ホームには、プライベートホーム（private home）およびヴォランタリーホーム（voluntary home）があり、前者は営利を目的とする私的団体および個人により、後者は非営利の慈善団体・宗教団体等によって運営されている。

これらを規制する特別法としては、1984年の登録ホーム法（以下登録ホーム法という）および同法に基づく居住用ケアホーム規則（以下ホーム規則という）等がある<sup>(5)</sup>。

以下、登録ホーム法を中心にイギリスの老人ホーム法制を概観することとする<sup>(6)</sup>。

## 2 登録ホーム法

### (1) 登録対象ホーム

登録ホーム法は、老齢、障害、現在または過去のアルコールもしくは麻薬依存等により、個人ケアを必要とする者に、有料・無料を問わず、食事・個人ケア付の居住設備を提供し、または、提供する予定の施設は、居住用ケアホームと呼ぶこととし、入居者が4人未満のものを除きいかなるものでも登録をすることを義務付けている（同法第1条第1、第2、第4項）。

登録義務者は、ホームの所有者等の統括者または管理者もしくは管理者に予定されている者である（同法第3条）。

ホームを運営しながら登録を怠った者は、罰金（標準罰金表のレベル5即ち2千ポンドを超えない金額）に処せられる（同法第46条）。

### (2) 登録手続

① 登録申請は、ホーム規則所定の登録料（1984年のホーム規則3条によると統括者の場合は570ポンド、その他の場合は155ポンド）を添えて、登録担当部局（各地方の社会サービス当局がこれに該当。以下登録局という）に行い、登録が受理されると申請者に登録証が交付される。登録証には、ホームの居住者の数その他の条件が記載される。この条件は、登録者の申請または担当局の職権により適宜変更・追加しうる（同法第5条）。

② 登録申請にあたっては、申請者が管理者またはその予定者の場合には、i 申請者の氏名、生年月日、住所、電話番号、ii 職業上・技術上の資格、ホーム経営の経験の詳細、iii 前雇用主および2名の身元照会先の氏名、住所、電話番号、iv ホームの名称、住所、電話番号、v 申請者の健康状態に関する登録開業医の報告等の情報を提供しなくてはならないとされている。

③ 申請者がホーム統括者で個人の場合には② i 乃至 v と同様の情報を、また企業、協会、社団その他の団体である場合には、i 登録事務所、主たる事務所の住所および会社代表者・団体責任者等の氏名、生年月日、住所、ii 職業上・技術上の資格、ホーム経営の経験の詳細に関する情報を提供しなくてはならず、個人、団体のいずれを問わず、iii ホームの名称、住所、電話番号、iv 申請者が現在または過去に営業上の利益を有しまたは有した他のホーム、ナーシングホーム、メンタルホーム、児童ホーム等の住所ならびにその性格および

利害の範囲、v ホームの状況、建築の形態、地方の消防当局または環境保健当局のコメントの詳細、vi 居住者、ホーム職員のための施設、vii ホームの設立日または予定日、viii ホームと同一の構内で行なわれ、予定されている他のビジネスの有無等、ix 居住者の数、性別、カテゴリー（老人、精神障害、アルコール依存、薬物依存、身体障害、65才以上、子供）、x ホームの管理のため雇用された者の氏名、生年月日、住所、資格、経験、ホームでの居住場所、xi 居住、非居住、フルタイム、パートタイム別の職員の数、性別、地位、適正、xii ホームの目的、ケア、世話、監督措置についての記述、xiii 施設、サービスの詳細、特別のカテゴリーに属する者のための特別の措置、サービス、xiv 医学・歯学上の監督・処置および軽い病の場合のケアのための措置、xv 薬の取扱・管理の措置、xvi 居住者の支払う料金の詳細等に関する情報を書面により提出することが義務付けられている（同規則第2項、別表1）。

### (3) 登録拒絶

申請者またはホームの運営予定者が、ホーム運営に関与する者として不適当と判断される場合、家屋・施設等がホームとして使用するのに不適切と判断される場合または運営方法から必要なサービス、施設の提供が可能と判断できない場合には登録局は登録を拒否できるとされている（同法第9条）。

登録簿は登録局により保存され、公衆の閲覧・謄写（但し、後者は有料）に供せられることになる（同法第7条）

### (4) 取消

登録局は、①ホームにつき登録拒否事由がある場合、②年間登録料の支払い遅延、③登録者が登録ホーム法またはホーム規則に違反したことが確定した場合、条件不遵守等の場合には、登録を取り消すことができるものとされている（同法第10条）。更に、登録局が治安判事に取消命令を申請し、治安判事がホーム居住者の生命・健康・福祉が著しく損なわれる危険があると判断した場合には取消命令を発することができ、且つ当該命令は即日効力を生じるとして、緊急事態に備えている（同法11条）。

### (5) 不服申立（appeal）

登録局の決定または治安判事の命令の受領後28日以内に、大法官の任命による法務パネルのメンバーの議長1名および枢密院議長の任命による専門家パネルのメンバーの2人からなる登録ホーム裁判所（40条）に不服申立を行うことができる（第15条）。

## (6) ホーム運営規則

国務大臣にはホーム運営に関する規則制定権が与えられ、これに基づきホーム規則が制定されている。このうち施設およびサービスの提供に関しては、登録者はホームの規模ならびに居住者の数、年齢、性別および条件に応じて骨子以下の措置を講ずべきものとされている（同規則第10条第1項）。①居住者の健康的生存に十分な数の適切な資質を有するスタッフの雇用、②適切な宿泊施設とスペースの具備、③十分且つ適切な家具・ベッド・カーテン・床カバー等の備えつけ、④十分な数の便所・洗面器具・風呂・冷温水シャワー等の備えつけ、⑤身体障害のある居住者用の改造物・設備等の製作・備えつけ、⑥十分な照明・暖房・空調設備の備えつけ、⑦ホームが適切に補修され、清潔且つ適切に装飾された状態を保持すること、⑧十分な避難設備の備えつけを含む火災に対する十分な予防策を講じ、火災探知・防火・消火のための十分な準備を行うこと、⑨火災訓練等により、火事の際に遵守すべき手続きをスタッフ等に周知させる準備、⑩事故の危険に対する十分な予防策を講じること、⑪十分且つ適切な台所設備・食器・刃物類等の備付け、⑫適切且つ多様な健康的で栄養価の高い食物の十分な量の提供、⑬ホームの衛生状態維持の適切な措置を講じること、⑭リンネル・衣類の定期的な洗濯および十分な洗濯器具の備付け、⑮登録局または国務大臣から権限を付与された者が居住者にプライベートに面接するための措置を講じること、⑯居住者が医療・歯科治療サービスを受けるための措置を講じること、⑰薬品の記録・保管・取扱等についての適切な措置を講じること、⑱居住者の訓練等のための適切な措置を講じること、⑲居住者の貴重品の保管場所の設置。

また、ホームの登録者は、ホームと公の電話サービスとを接続させ、居住者がプライベートに外部の者と郵便・電話で交信するための措置を講じることを義務づけられている（同条第2項）。

## (7) 記録

登録者は、ホームの目的、ケア等の内容、日々の居住者の記録、ケースレコード等ホーム規則別表2所定の記録を作成し、常時ホーム内に保有し、登録局、国務大臣により権限を付与された者の査察に供さなくてはならない。居住者のケースレコードは安全に保管され、入居後最低3年間は保存されなくてはならない（同規則第6条）。

## (8) ホームの査察

国務大臣または登録局により権限を付与された者は、何時でもホームとして使用され、

または使用されていると判断するに足りる根拠のある家屋に立ち入り、保存記録の調査を含めこれを査察することができるものとされている（登録ホーム法第17条）。これを受けホーム規則は12月に2回以上の査察がなされるべきものとし、且つ登録者にはホーム運営に関する情報の提供を義務付けている（ホーム規則第18条）。これを妨害した者は標準罰金表のレベル4（1千ポンド）を超えない額の罰金に処せられる（同法第51条）。

## 2 まとめ

以上概観したとおり、登録ホーム法はホームの事前登録制を採り、登録拒否を含む「入口規制」を図るとともに、登録局にホームの査察権を付与してその運営の適正をチェックさせ、法令違反等の確定の場合には登録の取消を行い得る等として行政的監督を行うとともに、無登録営業、査察妨害等の場合には罰金をもって臨むこととしている。また、ホーム規則はホームの登録申請の際に提供されるべき情報、施設・サービス、記録の作成・保管等につき詳細な規定を有している。

他方、入居にあたっての書面による契約締結義務は法定されておらず、また契約内容についてドイツのように法に片面的強行法規性を与えるような形での民事的規制は行っていない<sup>(7)</sup>。

## IV わが国の現状と課題

### 1 老人福祉法の改正

わが国の民間の有料老人ホームについては、老人福祉法において設置の事前届出制、都道府県知事の設置・管理者に対する報告徴収権、設備・運営調査権、勧告権を規定するのみで、老人ホーム契約の内容等は強制力のない「有料老人ホームの設置運営指導指針」（以下、ガイドラインという）による行政指導に委ねられてきた<sup>(8)</sup>。

しかし、平成2年6月22日成立した「老人福祉法等の一部を改正する法律」により改正された老人福祉法（以下、改正老人福祉法という）において、前記届出・勧告等に関する規定は、次のように改められ、平成3年4月1日から施行されることになった。

①事後届出制を、有料老人ホーム設置の前段階における十分な行政指導確保のため事前届出制に改め（同法第29条第1項）、届出を懈怠し、又は虚偽の届出をした者は、20万円以下の罰金に処する（同法第40条）。

②厚生大臣も調査等の主体とし、ホームの運営状況を報告事項とする旨明示し（同法第29条第3項）、報告懈怠、虚偽報告、または調査の拒否・妨害・忌避者は、30万円以下の罰金に処する（同法第39条第2号）。

③設置者が入所者の処遇に関し不当な行為をし、又は運営に関し入所者の利益を害する行為をしたときは、厚生大臣又は都道府県知事が、設置者に対し改善に必要な措置を採るべきことを命ずることができ（同法第29条第4項）、違反者は、6月以下の懲役又は30万円以下の罰金に処する（同法第38条）。

④設置者は、入所者の保護・ホームの健全な発展に資することを目的として、ホームの設置者を会員とする民法上の公益法人即ち協会を設立できる（同法第30条）。協会は、会員に対し、法令遵守・契約内容の適正化等についての指導、勧告および設備・運営に対する入所者からの苦情の解決等の業務を行うとともに（同法第31条の2）、厚生大臣の求めにより、法第29条の届出・報告等につき協力する（同法第31条の3）。

なお、協会およびその会員でない者につき協会又は同会員の名称の使用を禁止することとし（同法第31条）、違反者は、10万円以下の過料（同法第43条）もしくは30万円以下の罰金に処することとする（同法第39条第3号）。

## 2 今後の課題——改正ホーム法との比較

改正老人福祉法は、事前届出制へ転換したほか、新たに入所者の不当処遇・利益損害行為に対する改善命令等を規定し、これらの違反および報告懈怠・調査拒否等に対し刑事罰をもって臨むこととする等従来の設置者に対する行政的規制を更に一步押し進めたということが出来る。

公法的規制の面からみれば、改正老人福祉法は、事前届出制をとる点で、事前登録制をとるイギリスの登録ホーム法および許可制をとるドイツの改正ホーム法に比して穏やかであり、その違反に登録ホーム法と同様刑事罰をもって臨むという点で改正ホーム法より厳しいと評価することができよう。しかし、わが国では、ホームの構造設備の基準についてはガイドラインに委ねられるのみでドイツのホーム建築最低基準令類似の法令はなく、入居一時金、保証金等の保全についてはホーム保証令類似の法令はもとよりガイドラインさえない<sup>(9)</sup>。また、分譲方式によるケア付ホームは規制対象外とされている。

他方、民事的規制の面から見れば、改正老人福祉法は老人ホーム契約について有料老人

ホーム協会の業務として、会員に対する契約内容適正化等のために必要な指導・監督等を規定したものの、その内容については従来どおりガイドラインに基づく行政指導に委ねている。この点ではイギリスの制度に近く、ドイツにおいては改正ホーム法でホーム契約の内容につき最低条件を定め、これに反し、居住者に不利益な契約条項を無効とする等新たに民事的規制を加えたのとは対照的である。わが国の老人ホーム契約の法的性質についても賃貸、請負および準委任的要素等を有する混合契約であるとする説が有力であり、老人ホーム契約の各事項に民法その他の法令のいかなる規定を適用すべきかを一義的に確定することが容易でないのはドイツにおけるかつての問題状況と類似する。現行のガイドラインも設置運営計画、立地条件、設置主体、規模・構造設備、職員の配置等、施設の管理、サービス、利用料・入居一時金および契約内容等についてかなり詳細な基準を規定しており、今後更にその改訂・整備に努めつつ、行政指導および老人ホーム協会の指導を通じて契約内容の適性化・契約約款の整備を図り、老人ホームの適切な運営等を確保していくというのも一つの途ではある。

しかし、老人ホーム経営への新規参入が更に見込まれる中、高齢者たる入居者保護の観点からは、老人ホーム契約を行政指導や民法等の解釈に委ねるのみでは必ずしも十分とは言い切れないであろう。少なくとも、老人ホーム契約の手續面においては、契約締結前の説明義務、書面による契約締結義務を法定化し、その違反には罰則をもって臨むこととし、内容面においては、利用料・一時金等の性格・範囲、一時金の返還基準・保全義務、解約制限、料金改定等に関する一定の基準および設置者の適応義務等を法定し、これらに反し入居者に不利益な条項は無効とする等の民事的規制を行い、あわせて一時金返還債務の保全制度を創設する等の途も検討されるべきではあるまいか。

- (1) 改正前のホーム法等に関する研究としては、全国有料老人ホーム協会「西ドイツにおける老人ホーム契約の法的諸問題」、本沢巳代子「西ドイツ老人ホーム法の実証的研究」大阪府立大学経済研究34巻2号83頁乃至118頁等がある。
- (2) 改正ホーム法の和訳（筆者監修）は、後記のとおりである。また、改正の経緯については、イグル博士の説明のほか西ドイツ（当時）参議院に対する改正理由によった。
- (3) イグル博士の言によれば、若干の誇張はあろうが「混合契約のドクトリンは、実際面では何ら役に立たないものであった。」とのことである。
- (4) 同博士は、ホーム契約を新たな典型契約として民法の債務法の中に規定すべきだとする意

見を有するが、「ドイツ民法は榮譽ある法典であり、全面的改正がある場合にのみホーム契約もその中に取り入れられよう」と予測されていた。

- (5) 同法の制定経過等については岩間大和子「イギリスにおける老人ホームの諸基準」レファレンス444・121および同「イギリスの高齢者医療・福祉の諸問題」レファレンス470・30以下参照。
- (6) 登録ホーム法の和訳は、財団法人トラスト60のものによった。
- (7) イギリスの保健社会保障省の委嘱により高齢問題政策センター（Centre for Policy on Ageing）が策定した施設ケアのための実施基準は、ケア、施設、職員等につき詳細な規定を設けているが、書面による契約の締結を義務付けた規定はなく、入所申請に先立ち居住者に対し料金、サービスの内容、料金の増額等の施設の利用条件を定めた書面が交付されるよう求めている（松井二郎訳「施設ケアの実践綱領」響文社29頁外）。実際には、RESIDENT'S CONTRACT 等の名称の契約が締結されている場合もある。
- (8) 報道によると、国は平成3年4月から新設の有料老人ホームに対し、事前の経営計画の策定や介護サービスの内容の表示、情報提供を義務付け、あわせてシルバーマーク制度を導入する等ガイドラインを強化する。また、埼玉県は同月から、終身介護の有料老人ホームの設置しか認めず、経営力を厳重に事前審査すること（終身介護費の流用禁止、土地は設置者の自己所有を原則とし、取得資金の3分の2以上は自己資金とする、入居一時金返還債務を主力融資銀行が保証する）等を内容とする国より厳しい設置運営指導基準を実施するとのことである。（補追）
- (9) 近時、厚生省は有料老人ホームの経営悪化に備えるため入所者から拠出金を徴し、倒産等万一の場合には一定金額を保証する「入居者基金」制度の新設等の保護策を発表した。

（補追）

尚、本文脱稿後平成3年3月28日付で「有料老人ホーム設置運営指導指針」が改正されたので、同指針を末尾に添付する。

## 1条 適用範囲

- (1) 本法は、老人ならびに介護を要するか又は障害のある成人を、一時的でなく収容するホームに適用される。第1文にいうホームとは、同文所定の者を、有料で収容する目的で経営されるものであって、その存続が、ホーム居住者の変更および員数と独立の施設をいう。第2文にいう収容とは、宿泊の提供のほかに食事および介護の供与又は提供を含む。
- (2) 本法は、デイステイ施設および病院融資法2条1号にいう病院には適用されない。リハビリテーション施設については、それが前項の要件を充たすかぎりにおいて部分的に本法が適用される。

## 2条 本法の目的

- (1) 本法の目的は次のとおりである。
  1. ホーム居住者およびホーム入居応募者の利益と要求を侵害から保護すること、特に居住者の独自性と自立性を保証すること
  2. ホームの事務処理における協議を援助すること
- (2) 目的設定および任務の実現におけるホーム経営者の独立性は尊重される。

## 3条 最低条件

第2条の実施のため連邦青少年、家庭、婦人、健康大臣（以下では、翻訳の便宜のため連邦大臣と略す）は、連邦経済大臣および連邦国土利用、建設、都市計画大臣の了承のもとに、連邦参議院の同意をえた法規命令によって、次の事項に関する最低条件を定めることができる。

1. 部屋、特に居室、休憩室、治療室、食堂ならびに通路および衛生施設
2. ホーム管理者および職員の資格

## 4条 ホーム契約

- (1) 経営者と将来の居住者との間ではホーム契約が締結されねばならない。
- (2) ホーム契約の内容は、契約書の謄本の交付により、居住者により文書によって確認されなければならない。特に、第1条第1項第3文所定の経営者により提供されるサービスは詳細に記載され、あわせて、これに対する料金の総額も明示されねばならない。

い。

(3) 料金は、経営者によるサービスと不均衡であってはならない。

(4) 経営者は、ホーム契約締結前に、応募者に対し、契約内容特にホームのサービスおよび設備ならびに居住者の権利、義務について、書面により告知しなければならない。

#### 4条a 経営者の適応義務

経営者は、その提供するサービスを可能なかぎり居住者の健康状態の回復又は悪化に適応させ、かつ、そのために必要なホーム契約の変更を申し出なければならない。ホーム契約においては、経営者が、一方的な意思表示により、調整されたサービスに応じた相当の範囲内において、料金を減額又は増額し得る旨を定めることができる。

#### 4条b 契約期間

(1) ホーム契約は、居住者の一時的な収容を目的とする個別的な場合を除き無期限とする。

(2) 居住者は、遅くとも毎月の第3平日に、書面により翌月末を以てホーム契約を解約することを通告できる。居住者は、解約期間経過までホーム契約の継続を期待できない重大な理由のある時は、期間を遵守する事なく解約することができる。

(3) ホーム経営者は、重大な理由の存する場合にのみホーム契約を解約することができる。重大な理由とは、特に次の場合である。

1. ホームの経営が中止され、著しく縮小され、又は、その方法が変更されることによりホーム契約の継続が経営者にとって困難となった場合

2. 居住者の健康状態の悪化によりホームにおける適切な介護が不可能になった場合

3. 居住者が、その契約上の義務に有責に著しく違反したために、経営者に契約の継続をそれ以上期待し得ない場合

4. 居住者が、

a) 2回連続して、期限までの料金の支払い、又は、料金の一部であって1カ月分の料金を超える額を滞納した場合

b) 2回以上の支払い期限にまたがる期間内に2カ月の料金に達する額を滞納した場合

(4) 前項第4号の場合でも、経営者が前以て支払いを受けている場合には解約することはできない。経営者が、立退き請求権の発生後1カ月以内に滞納料金の支払いを受け

るか、又は、公務所が支払いを保証した場合には解約は無効となる。

- (5) ホーム経営者による解約の告知は書面をもってなされねばならない。告知には理由を明示しなければならない。
- (6) 経営者は、第3項の2号から4号迄の事由が存する場合、期間を遵守する事無く契約の解約をすることができる。第3項のその他の場合には、遅くとも毎月の第3平日までに翌月末を以て解約する旨の告知をすることができる。
- (7) 第3項1号、2号により解約する場合、経営者は、居住者に、その居住者が受け入れ可能な条件で収容してくれる他の適当な施設を斡旋しなければならない。第3項1号の場合、ホーム経営者は、相当な範囲内において引っ越しの費用を負担しなければならない。
- (8) 居住者が死亡した場合、契約関係は死亡により終了する。死亡後の契約の効力に関する協定は、死亡の翌月末を超えない期間についてのみ許可される。この場合、第4条2項により協定された料金は経営者が節約し得た支出の分だけ減額される。

#### 4条c 料金の増額

- (1) 第4条第2項により協定された料金の増額は、それまでの計算の基礎に変化を生じた場合で、かつ、増額された料金が相当な場合に限り許される。
- (2) 料金の増額は居住者の同意を必要とする。ホーム契約においては、ホーム経営者が、一方的な意思表示により料金の増額をなし得る旨を協定することができる。
- (3) ホーム経営者が料金の増額をする場合、増額を行う時期の、少なくとも4週間前に書面で告知し、かつ、理由を明示しなければならない。この場合、ホーム経営者は、社会扶助機関が、ホームにおけると同等のサービスに対して負担している経費の額を考慮することができる。この場合、ホーム経営者は、社会扶助機関による経費負担の説明があるまで料金の増額分の提示を留保することができる。
- (4) 料金の増額を目的としてホーム契約の解約告知することはできない。

#### 4条d 違反の協定

第4条から第4条cまでの規定に違反して、居住者の不利となる協定は無効である。

#### 5条 ホーム居住者の関与

- (1) 本法に定めるホームの居住者は、ホーム顧問委員会をつうじて、宿泊、滞在条件、ホーム管理規定、食事、余暇利用等のホーム経営の事務処理に関与する。14条2項3

号にいうサービスが現実のものとなった場合、居住者の関与はホームの管理、運営および経営にまで及ぶものとする。

- (2) ホーム顧問委員会を設置することができない期間、その任務は、ホーム指定代表人がこれを行う。その職務は無報酬であり、名誉職とする。ホーム指定代表は、ホーム管理者と協議のうえ管轄官庁により任命される。ホーム居住者又はその法定代理人は、ホーム指定代表人の選任について所轄官庁により提言することができる。別の方法により居住者の関与が保証されている場合には、所轄官庁は、ホーム指定代表人の任命を控えることができる。
- (3) 連邦大臣は、連邦参議院の承認を得たうえで、法規命令によりホーム顧問委員会の選挙、ホーム指定代表人の任命ならびに、これらの者の関与の種類、範囲、形式について定める。

## 6条 許可

- (1) 第1条にいうホーム経営をしようとする者は許可を必要とする。但し、州、地方公共団体、地方公共団体の連合体、その他の公法上の法人又は連邦社会扶助第10条1項にいう経営者により維持されているホームはこのかぎりではない。許可の申請には、特に居住者、応募者、又は第14条2項3号にいう給付者との契約に使用されるすべてのモデル契約書、および経営者の定款が添付されねばならない。
- (2) 許可は、ホームの経営者に特定の種類、特定の部屋について与えられねばならない。
- (3) 次の場合許可は与えられない。
  1. 申請者が、ホームの経営にとって必要な信頼性、特にホームの経営のための経済的資力を有していないと認めるに足る事実の存する場合
  2. 居住者の利益および必要の保持、特に医療又は健康上の介護が保証されない場合
  3. 介護を必要とする居住者の介護が、ホーム自体において、又は、他の適当な方法によって保証されない場合、特に、職員の人的、専門的適性が彼らによって遂行される活動にとって十分でない場合
  4. 第3条に基づき公布された法規命令による最低条件の遵守が保証されない場合
  5. 提出された必要書類の審査の結果、
    - a) 提供されるサービスと要求される料金間に不均衡が存する場合
    - b) 第14条7項により公布された法規の遵守が保証されない場合

## 7条 届出

- (1) ホーム経営を引き受けた者は、ただちにその旨を所轄官庁に届け出なければならない。届出には、経営者の氏名、住所、ホーム施設の種類、所在地、数量、ならびに管理者の職業教育の学歴および職歴が明記されねばならない。届出には、モデル契約書、経営者の定款およびホーム規約を添付しなければならない。
- (2) ホームの種類およびホーム施設の数量の変更、管理者ならびに経営者の代理権を有する者の退任および新任、ホームの移転についても届出なければならない。
- (3) ホームの経営を全面的に又は部分的に中止し、又は、契約条件を著しく変更しようとする者は、その旨を遅滞なく所轄官庁に届出なければならない。届出には、居住者の収容計画および居住者との契約関係の適法な清算計画に関する資料を添付しなければならない。

## 8条 記帳義務および保管義務

- (1) ホーム経営者は、特に次の点を明確にするために、適法な記帳原則にしたがって、ホーム経営に関する記録をしなければならない。
  1. ホームの業務内容および財産状態
  2. 現在するホーム施設および使用中のホーム施設の数量および種類
  3. 職員の姓名、誕生日、住所および学歴、通常の労働時間、職員のホームにおける仕事の内容および勤務関係の期間
- (2) ホームの経営者は、前項による記録ならびにホーム経営者に関するその他の種類および領収書を、所轄官庁の閲覧に供するため、5年間保管しなければならない。
- (3) 連邦大臣は、連邦参議院の承認を得たうえで、法規命令により第1項および2項所定の義務の種類および範囲、遵守すべき手続の詳細を定める。
- (4) 本条は、他の法規または養護協定に基づくホーム経営者のその他の義務を左右するものではない。

## 9条 監督

- (1) ホームは、逐次行われる所轄官庁の検査により監督される。ホームの経営者および管理者は、本法および本法に基づき公布された法規命令実施にとって必要な口頭又は書面による報告を、所轄官庁に対し、法定の期間内に無償で行われねばならない。
- (2) 所轄官庁によりホームの監督を委任された者は、ホームのために利用されている土

地および部屋に、これらが居住者の住居権に服さない限りにおいて、通常の業務時間内に立ち入って検査、点検を行わない、報告義務者の業務書類を閲覧し、居住者に面会し、職員に質問することができる。公共の安全と秩序に対する切迫した危険を防止するためには、前文所定の時間外であり、かつ、報告義務者の居住用として使用されている土地および部屋であっても、これに立ち入ることができる。報告義務者は、第1文および第2文による措置を受忍しなければならない。住居不可侵の基本的人権（基本法13条）は、以上の限りにおいて制限される。

- (3) 報告義務者は、本人又は民事訴訟法383条1項1号から3号所定の親族が、刑事訴追又は秩序違反法の手続きの対象となる危険の存するような質問に対しては、回答を拒むことができる。

#### 10条 監督への関与

連邦社会扶助法10条1項にいう民間社会福祉のための州レベルの連合体、地方自治体の中央連合体およびその他の州のレベルの団体は、それぞれの経営者が同意する場合には、申請により、自分の団体に属する経営者に対する官庁の監督に関与することができる。監督措置への関与が不可能な場合には、これらの者に対し、遅滞なく結果が報告されねばならない。

#### 11条 助言

- (1) 所轄官庁は申請により次のことを行わねばならない。
1. 正当な利益を有する者に対し、第1条にいうホームおよびそのようなホームの居住者の権利、義務について情報を提供すること
  2. 第1条にいうホームを設立しようとし、又は、そのようなホームを経営する自然人および法人に対し、ホームの計画および経営について助言すること
- (2) ホームに欠陥のあることが判明した場合、所轄官庁は、ただちに経営者に対し、その組織体の関与のもとで、欠陥の是正について助言しなければならない。
- (3) 連邦社会扶助法95条にいう連絡協議会が、所轄官庁の所轄区域内に存するときは、この連絡協議会の範囲内において、第1条所定のホームの維持および設立についての需要に適合する計画の問題は、協力的な共同作業によって協議されねばならない。

#### 12条 負担および指示

判明した欠陥が是正されないとき、第6条による許可を必要とするホームの経営者に

対しては、居住者の福祉の侵害を除去するため、もしくは、その差し迫った侵害また危険の防止のため、又は、ホームの料金とサービスと不均衡を回避するために必要な負担を課することができる。第6条による許可を必要としないホームの経営者に対しては、これに準ずる指示を与えることができる。

### 13条 就業禁止

管理者、職員又はその他の従業員が、その活動に必要な適性を有しない事実が明らかとなったとき、ホーム経営者に対し、これらの者の就業を、完全にまたは特定の職務もしくは活動について禁止することができる。

### 14条 経営者および職員に対する給付

- (1) ホーム経営者は、第4条により協定された料金を超えて、自己又は居住者のために、金銭又は金銭的価値のある給付を約束させ、又は、受け取ってはならない。
- (2) 但し、次の場合はこの限りでない。
  1. 第4条に列挙された経営者のサービス以外のものに対して支払われる場合
  2. 少額の心付の約束又は受け取りの場合
  3. ホームへの入居権の取得に関連して、給付が、ホームの建設、取得、修理、装備又は経営のために約束され又は受け取られる場合
  4. ホーム契約から生じる義務の履行の保証金として支払われ、その額が、月額料金の2倍を超えない場合
- (3) 第2項第3号にいう給付は、料金と相殺されないかぎり返却されねばならない。この給付に対しては、料金の算定の際に資金運用の利益が考慮されなかった場合には、その支払いのときから最低年利4%の利子を付けるものとする。第1文、第2文は、応募者による、又は、応募者のための給付についても適用する。
- (4) 第2項第4号により一定金額が保証金として支払われる場合、居住者はこれを3カ月の均等分割払いとすることができる。最初の支払いは、契約関係の開始時とする。経営者は、この金銭を、自己の財産とは分離して、公立の貯蓄銀行または銀行に預金し、法定の解約期間を有する預金が通常生じる利子が付くようにしなければならない。この利子は居住者に属する。この利子は保証金の一部をなす。
- (5) ホームの管理者、職員、又はその他の従業員は、ホーム契約上の義務の履行に対して、自己又は居住者のために、経営者から支払われる報酬以外に金銭又は金銭的価値

のある給付を約束させ、又は、受け取ってはならない。但し、少額の心付けについてはこの限りではない。

(6) 管轄官庁は、具体的場合において、居住者の保護が禁止の維持を必要とせず、かつ、給付が未だ約束、受領されていない限りにおいて、第1項および第5項の禁止の例外を認めることができる。

(7) 連邦大臣は、連邦経済大臣の了承のもとに、連邦参議院の同意をえた法規命令によって、第2項第3号にいう給付を受ける場合の経営者の義務を定めることができる。その義務とは、特に以下のものをいう。

1. 払い戻し請求権の実現にとって十分な保証を与えること
2. 受領した財産を分離して管理すること
3. 給付者に対し、契約締結前に契約の判断に必要な資料、特に、払い戻し請求権の保証に関する資料を書面の形式で交付すること

法規命令では、このほか、第2項第3号にいう給付の受領および使用に関する経営者の権限を制限し、払い戻し義務の種類、範囲、時期について、より詳細に定めることができる。法規命令においては、さらに、第3項および本項第1文、第2文により公布された法規上の義務の履行を効果的に監督するのに必要なかぎりにおいて、経営者に、自己の負担において定期的および特別の理由のある場合に検査を受けること、および検査報告を所轄官庁に提出することを義務付けることができる。この場合には、検査の詳細、特に、その理由、時期、回数、検査員の選任、任命および解任、検査員の権利、義務および責任、検査報告書の内容、検査員に対する経営者の義務、検査員と経営者の意見が対立した場合の手続についても定めることができる。

## 15条 許可の取消および撤回

(1) ホーム経営の許可は、許可の際に第6条第3項の拒絶理由の存したことが判明した場合には取り消される。

(2) 許可は、事後的に、第6条第3項の許可の拒絶を正当化する事実が生じた場合撤回される。

(3) ホーム経営者が、次の行為をした場合には、許可を撤回することができる。

1. 許可の対象となったホームの種類を権限なく変更し、又は、許可された以外の部屋を経営に使用すること

2. 第12条による義務を法定の期間内に履行しないこと
3. 第13条の禁止に違反して、人を就業させること
4. 第14条第1項、3項または4項、又は、第14条7項により公布された法規命令に違反すること

#### 16条 差止

- (1) 第6条第1項の許可を必要としないホームの経営は、第6条第3項による許可の拒絶を正当化していたであろうような事実が判明した場合には、これを差し止めるものとする。
- (2) 前項の経営は、次の場合にも、これを差し止めることができる。
  1. ホーム経営者が、第12条による指示に従わない場合
  2. 第15条第3項第3号又は4号による許可の撤回の条件が存する場合

#### 17条 秩序違反

- (1) 故意または過失により、次の行為を行った者は秩序違反行為を行ったものとする。
  1. 第6条第1項第1文に違反して許可なくホームを経営すること
  2. 第16条による執行可能な処分により差し止められたにも拘らず、ホームを経営すること
  3. 第14条に違反して、自己に金銭又は金銭的価値のある給付を約束させ、又は、受領すること、および、第14条第7項により公布された法規命令が、特定の構成要件に関し本条により過料に処すべき旨を定める場合に、これを違反すること
- (2) 故意または過失により、次の行為を行った者も秩序違反行為を行ったものとする。
  1. 第3条、第5条第2項、又は、第8条第3項による法規命令が、特定の構成要件に関し本条により過料に処すべき旨を定める場合に、これを違反すること
  2. 第7条に違反して、届出をせず、虚偽の届出を行い、不完全な届出を行い、又は、適時に届出を行わないこと
  3. 第9条第1項第2文に違反して、報告せず、虚偽の報告を行い、不完全な報告を行い、又は、適時に報告を行わないこと、又は、第9条第2項第3文に違反して、監督措置（第9条第2項第1文又は2文）を受忍しないこと
  4. 第12条による執行可能な負担又は指示に従わず、違反し、完全に従わず、又は、適時に従わないこと

5. 第13条による執行可能な禁止に違反して、人を就業させること
  6. 第14条第5項第1文に違反して、自己に金銭又は金銭的価値のある給付を約束させ、又は、受領すること
- (3) 秩序違反は、第1項の場合、1万マルク以下の過料に、第2項の場合、5000マルク以下の過料を課することができる。

#### 18条 本法の所轄および施行

- (1) 州政府は、本法の施行のために所轄官庁を定めるものとする。
- (2) 本法の施行は、これに人格的に適合し、かつ、原則としてその任務に応じた教育を受け、又は、特別の職業的経験を有する者に委任されねばならない。

#### 19条 営業法の適用

営業として経営されるホームで、本法の適用を受けるものには、本法に特別の定めのないかぎり、営業法の規定を適用する。

#### 20条 営業として経営されていないが許可を必要とするホーム

経営者が第6条第1項第1文の許可を必要とするホームで、営業として経営されていないものの継続は、許可が与えられず、取り消され、撤回された場合には、これを停止することができる。

#### 21条 規定の廃止

営業法38条第1文第10号、第2文および第3文は、これを廃止する。

#### 22条 法規命令の継続的適用

本法施行前に、営業法38条第1文第10号および第2文から第4文に基づき公布された法規命令は、第3条および第8条による法規命令により廃止されるまでは、本法の規定に反しない限り効力を有する。

#### 23条 経過規定

- (1) 本法の施行時において第1条にいうホームを経営している者は、本法施行後3カ月以内に、その経営を所轄官庁に届出なければならない。この場合、第7条を準用する。
- (2) 本法による許可が必要な場合でも、本法の施行時に第6条による許可を必要とするホームを権限をもって経営している者については、許可を与えられたものとみなす。許可官庁は、経営者がホームの経営の資格を有する旨を無償で、かつ、書面により証明する。この証明には、ホームの種類および部屋が明示されねばならない。前項の届

出が期間内に行われない場合、この経営資格は消滅する。

24条 ベルリン条項

本法は、第3次経過法13条1項の基準によりベルリン州にも適用する。本法に基づき公布された法規命令は、第3次経過法14条によりベルリン州にも適用する。

25条 施行

(筆者監訳)

平成3年3月28日

各都道府県知事 殿

厚生省大臣官房老人保健福祉部長

### 有料老人ホームの設置運営指導指針の全部改正について

有料老人ホームの指導については、「有料老人ホームの設置運営指導指針について」(昭和49年11月5日社老第90号社会局長通知)の別紙「有料老人ホーム設置運営指導指針」(以下「指針」という。)により行われてきたところであるが、昨年6月に成立した老人福祉法等の一部を改正する法律(平成2年法律第58号)の一部が4月より施行されるのに併せて、その改正の趣旨等を踏まえ、別添のとおり指針を改正することとしたので、次の事項に留意のうえ、貴管下の有料老人ホームに対して適切な指導を行われたい。

#### 1 指針の性格

有料老人ホームについては、いったん事業を開始すると事業の安定的かつ継続的な運営が求められることから、行政側としては、設置前に経営面を含めた十分な指導を行うとともに、事業開始後においてもサービス水準や経営の安定性の確保のために引き続き十分な指導を行う必要がある。このような事業の性格を踏まえ、この指針は、設置前及び事業開始後の継続的な指導を行うに当たって、有料老人ホームである以上、入居者の福祉という観点から少なくとも満たすことが求められる事項についてその指導の指針を示したものである。

#### 2 指導上の留意点

##### (1) 届出等の指導

有料老人ホームの設置に当たっては、都市計画法による開発許可又は建築許可(都市計画法第43条に規定する許可をいう。以下同じ。)の申請前に十分な協議を行うよう指導されたい。開発許可及び建築許可対象外の場合にあっては、建築確認申請前に十分な協議を行うよう指導されたい。

届出の受理については建築基準法による建築確認後建物着工前に行うこととし、それまでに必要な指導を十分行われたい。また、入居募集については、届出後に行うよ

う指導されたい。

(2) 着工についての指導

建物の着工については、原則として、相当数の入居見込者が確保されており事業の確実な遂行が見込まれる段階において開始するよう指導されたい。着工段階において相当数の入居見込者が確保されていないような場合については、入居金の返還債務について銀行保証等を付すよう指導されたい。

(3) 介護についての指導

今般、介護に着目して有料老人ホームの類型分けを行うこととしたが、現在のところ高齢者の多くは有料老人ホームに対して特に介護面について大きな期待を寄せていることから、極力そのような需要実態に即した十分な介護体制を整えた施設とするよう指導されたい。

また、介護専用型有料老人ホームについては、別途指針を定め通知することとしているが、当面、介護型ホームに準じて指導されたい。

(4) 関係機関との連携

有料老人ホームの設置計画を開発許可又は建築許可の申請前に把握できるよう開発許可担当部局等の関係部局との連携体制の確立を図られたい。また、指導に当たっては、関係部局及び管下市町村と十分な連携を図られたい。

なお、このことについては、建設省建設経済局も了解済みであるので念のため申し添える。

(5) 開設後の指導

毎年、貸借対照表、損益計算書等の財務諸表の提出を求め、その経営状況の把握を行うとともに、少なくとも3年毎に事業収支計画の見直しを行うこととし、財務諸表との乖離がある場合にはその原因を解明し対処方針等を報告させ、適切な措置を講ずるよう指導されたい。なお、報告徴収の詳細については、別途通知する「有料老人ホーム設置者等からの報告の徴収について」(平成3年3月28日老福第73号 厚生省大臣官房老人保健福祉部老人福祉課長通知)によられたい。

(6) 全国有料老人ホーム協会及びシルバーサービス振興会との連携

今回の老人福祉法の改正により法定化された(社)全国有料老人ホーム協会の設立相談を受けるとともに、同協会への入会及び(社)シルバーサービス振興会が実施を予定しているシルバーマークの取得について、十分な指導を行われたい。また、有料老人ホームに対する指導及び協議に当たっては、(社)全国有料老人ホーム協会及び

(社) シルバーサービス振興会と十分な連携を図りたい。

(7) 既存施設の取り扱い

原則として、平成3年4月1日現在において、建築確認申請を行っていない有料老人ホームについては、本指針に基づき指導を行うこととし、それ以外の有料老人ホームについては、変更可能な部分について、本指針に準じて適切な指導を図りたい。

3 主要な改正点

(1) 安定的な経営確保のための基準の充実

30年間の長期の事業収支計画を策定するなど綿密な計画に基づき事業を実施するものとする。

また、建物の着工については、原則として、相当数の入居見込者が確保されているなど事業の確実な遂行が見込まれる段階において開始すること。着工段階において相当数の入居見込者が確保されていないような場合については、入居金の返還債務について銀行保証等が付されることとなっていること。

(2) 入居者に対する情報開示の推進

消費者である高齢者が有料老人ホームを適切に選択できるよう、介護に着目して有料老人ホームの類型分けを行うこととしたが、その表示を義務付けるとともに、介護サービスについて、提供される場所、サービスの内容、頻度及び費用負担を明示するものとする。

(3) 適正な契約手続き、入居金の支払いの確保

開設後において体験入居制度を設けるとともに、契約に当たっては入居金の内金は入居金の20%以内に留め、入居前の解約の場合には申込金及び適正な額の違約金を除いては全額返還するものとする。

(4) 借地借家での設置

借地・借家での設置については、これまで原則として好ましくないこととされていたが、長期安定的な契約が結ばれている場合等については認めるものとする。

(5) 分譲型有料老人ホームについての基準

いわゆる分譲型有料老人ホームについては、老人福祉法に基づく届出は必要ないが、同法に基づく有料老人ホームと同様、老人に対して食事、介護等のサービスを提供するものであるため、当該サービスについて、同法に基づく有料老人ホームに準じて指導するものとする。

## 1 基本的事項

有料老人ホームの事業を計画するに当たっては、次の事項に留意すること。

- (1) 有料老人ホーム経営の基本姿勢としては、入居者の福祉を重視するとともに、安定的かつ継続的な事業運営を確保していくことが求められること。
- (2) 都市計画法による開発許可若しくは建築許可申請前又は開発許可対象外の場合については建築確認申請前から地元市町村及び都道府県と十分な事前協議を行うこと。
- (3) 地元市町村及び都道府県との事前協議と並行して、(社)全国有料老人ホーム協会の人会審査を受けるとともに、開設時において同協会に設ける有料老人ホーム入居者基金への加入手続きをとること。また、併せて、(社)シルバーサービス振興会のシルバーマークの審査を受けること。
- (4) 構想段階において、地域特性、需要動向等の市場分析を行うとともに、計画が具体化した段階において、市場調査を行い、相当数の入居見込者を確保すること。
- (5) 建築確認後速やかに都道府県知事への届出を行うこと。
- (6) 都道府県知事への届出後に入居募集を行うこと。
- (7) 建物の着工については、原則として、相当数の入居見込者が確保されているなど事業の確実な遂行が見込まれる段階において開始することとする。着工段階において相当数の入居見込者が確保されていないような場合については、入居金の返還債務について銀行保証等が付されることとなっていること。

## 2 設置主体

- (1) 有料老人ホームの設置主体は、老人福祉施設の場合と異なり、地方公共団体及び社会福祉法人に限定されるものではないこと。
- (2) 公益法人にあつては、有料老人ホームの事業を行うに当たって主務官庁の承認を得ていること。
- (3) 事業を確実に遂行できるような経営基盤が整っているとともに、社会的信用の得られる経営主体であること。
- (4) 個人経営でないこと。また少数の個人株主等による独断専行的な経営が行われる可

能性のある体制でないこと。

- (5) 他業を営んでいる場合には、その財務内容が適正であること。
- (6) 役員等の中には、有料老人ホーム運営について知識、経験を有する者等を参画させること。

### 3 立地条件

- (1) 入居者が健康で安全な生活を維持できる環境をもった場所であるとともに、有料老人ホームの敷地は入居者の処遇、健康及び防災上適切な広さを有するものであること。
- (2) 十分な入居者を確保できるような交通、環境等の立地条件が整っているなど市場のニーズに適合していること。
- (3) 医療機関との連携協力が可能な地域であること。
- (4) 市街化調整区域での有料老人ホームの設置の場合には、「市街化調整区域における有料老人ホームの取扱いについて」(昭和61年8月2日社老第89号厚生省社会局老人福祉課長通知)によること。
- (5) 有料老人ホームの事業の用に供する土地及び建物については、有料老人ホーム事業以外の目的による抵当権その他の有料老人ホームとしての利用を制限する恐れのある権利が存しないことが登記簿謄本及び必要に応じた現地調査等により確認できること。
- (6) 借地・借家により有料老人ホームを設置する場合には、契約関係について次の要件を満たすこと。

なお、借地・借家等の契約関係が複数になる場合にあっては、土地信託方式、生命保険会社による新借地方式及び実質的には二者間の契約関係と同一視できる契約関係であって当該契約関係が事業の安定に資する等やむを得ないと認められるものに限られること。

#### ア 借地の場合

- (ア) 有料老人ホーム事業のための借地であること、終身利用型の場合はその旨及び地主は有料老人ホーム事業の継続について協力する旨を契約上明記すること。
- (イ) 建物の登記をするなど法律上の対抗要件を具備すること。
- (ウ) 当初契約の契約期間は30年以上であること。

- (ニ) 自動更新条項が契約に入っていること。
- (ホ) 無断譲渡、転貸の禁止条項が契約に入っていること。
- (ヘ) 増改築の禁止特約がないこと、又は、増改築について当事者が協議し地主は特段の事情がない限り増改築につき承諾を与える旨の条項が契約に入っていること。
- (キ) 賃料引き上げの方法が長期に渡り定まっていること。
- (ク) 地主が個人の場合には、相続開始後の相続財産管理人を定めておく旨の条項が契約に入っていること。
- (ケ) 借地人に著しく不利な契約条件が定められていないこと。

#### イ 借家の場合

- (ア) 有料老人ホーム事業のための借家であること、終身利用型の場合はその旨及び家主は有料老人ホーム事業の継続について協力する旨を契約上明記すること。
- (イ) 当初契約の契約期間は20年であること。
- (ロ) 更新後の契約期間（極端に短期間でないこと）を定めた自動更新条項が契約に入っていること。
- (ニ) 無断譲渡、転貸の禁止条項が契約に入っていること。
- (ホ) 賃料引き上げの方法が長期に渡り定まっていること。
- (ヘ) 家主が個人の場合には、相続開始後の相続財産管理人を定めておく旨の条項が契約に入っていること。
- (キ) 借家人に著しく不利な契約条件が定められていないこと。
- (ク) 建設協力金、保証金、貸付金等を借家人である運営事業者が家主に提出していること又は家主が運営事業者の主要な株主であることが望ましいこと。
- (ケ) 建物の優先権が契約に定められていることが望ましいこと

#### 4 規模及び構造設備

- (1) 建物は、入居者が快適な日常生活を営むのに適した規模及び構造設備を有すること。
- (2) 建物は、建築基準法に規定する耐火建築物とし、かつ、建築基準法、消防法等に定める避難設備、消火設備その他地震、火災、ガスもれ等の防止や事故・災害の際の設備を十分設けること。

(3) 建物の配置及び構造は、日照、採光、換気利用者の保健衛生について十分考慮されたものであること。

また、廊下、居室等利用者が通常移動する範囲の設備については、車椅子での移動が可能なスペースと構造を確保すること。

(4)ア 次の設備を設けること。ただし他の施設の設備を利用すること等により入居者のサービスに支障がない場合は、設備の一部を設けないことができる。

専用居室、食堂（厨房を含む）、医務室（又は健康管理室）、特別介護室、浴場（又は浴室）、特別浴室、談話室（又は応接室）、外来宿泊室、洗濯室、便所、ヘルパー室、事務室（フロントを含む）、宿直室、館内放送設備、自家発電設備、ナースコール等通報装置、エレベーター（2階建以上の場合）、倉庫

イ 入居者の需要動向等を考慮し次の設備を設けることが望ましいこと。

入居者の需要が健康で生きがいをもって生活することに資する施設。（例えば、スポーツ、レクリエーション施設、図書室等）

(5) 前項に掲げる設備の基準は、次によること。

ア 専用居室は個室とすること。

イ 医務室を設置する場合には、医療法施行規則（昭和23年厚生省令第50号）第16条に規定する診療所の構造設備の基準に適したものとすること。

ウ 特別介護室は、「養護老人ホーム及び特別養護老人ホームの設備及び運営に関する基準」（昭和41年厚生省令第19号）（以下「特養設備運営基準」という。）の特別養護老人ホームにおける居室の設備基準を満たしたものとすること。なお、特別介護室の定員は入居定員（次項に掲げる介護居室の定員を除く。入居定員の算定に当たっては居室数の1.3～1.5倍を標準とする。）の5%以上とすること。ただし、設置主体が同一であること又は提携契約を結んでいることにより、常時介護が必要とする状態になった入居者が他の有料老人ホームの特別介護室又は介護居室を迅速に利用できる場合であって、入居時にその旨が入居契約書又は管理規程上明らかにされている場合は、この限りではない。

(6) 入居時よりねたきり等により常時介護を必要とする者（以下「要介護者」という。）を相当数入居させることを予定している有料老人ホーム（以下「介護型ホーム」という。）にあつては上記のほか次によること。

ア 4(4)アの設備、介護居室及び機能回復訓練室を設けること。

イ 介護居室は、要介護者が介護を受けながら日常生活を営むところとし、1室の入室定員は4人以下とすること。

ウ 介護居室1室に2人以上の者を入室させる場合にあつては、プライバシーの保護に十分配慮した設備とすること。

エ 特養設備運営基準第18条第3項第1号、第3号及び第4号並びに第4項の規定は要介護者が使用する設備について、同条第5項の規定は介護居室のある区域について準用すること。

この場合において、同基準中「居室」とあるのは「介護居室」と読み替えるものとする。

また、介護居室の入居者1人当たりの床面積は、収納設備等を除き、8.25平方メートル以上とすること。

オ 介護居室については、1階に設けるものを除き、消防法施行規則(昭和36年自治省令第6号)に規定するスプリンクラーを設置することを要しない部分のものについては、スプリンクラーを設置すること。

## 5 職員の配置等

### (1) 職員の配置

ア 職員の配置については、入居者の数及び提供するサービス内容に応じ、その呼称にかかわらず、次の職員を配置すること。

施設長、事務員、生活相談員、ヘルパー、看護婦(又は准看護婦)、栄養士、調理員

イ 入居者の実態に即し、夜間の介護、緊急時に対応できる数の職員を配置すること。

ウ 介護型ホームにあつては、要介護者を直接処遇する職員の数は、おおむね要介護者を4.1で除して得た数以上とする。

エ また、介護型ホームにあつては、機能回復訓練担当者とを配置すること。

### (2) 職員の研修

職員に対しては、採用時及び採用後において定期的に研修を実施すること。特に、ヘルパー等直接処遇職員については、高齢者の心身の特性、実施するサービスのあり

方及び内容、介護に関する知識及び技術、作業手順等について研修を行うこと。

### (3) 職員の衛生管理

職員の心身の健康に留意し、職員の疾病の早期発見及び健康状態の把握のために、採用時及び採用後において定期的に健康診断を行うとともに、就業中の衛生管理について十分な点検を行うこと。

## 6 施設の管理・運営

### (1) 管理規程等の制定

入居者の定員、利用料、サービスの内容及びその費用負担、介護を行う場合の基準、医学的ケアを要する場合の対応（介護型ホームにあつては要介護者の状況に応じた適切な対応を含むこと。）などを明示した管理規程等を設けること。

### (2) 名簿等の整備

入居者及びその身元引受人等の氏名及び連絡先を明らかにした名簿並びに設備、職員、会計及び入居者の状況に関する帳簿を整備しておくこと。

### (3) 緊急時の対応

事故・災害及び急病・負債に迅速かつ適切に対応できるよう具体的な計画を立てるとともに、避難等必要な訓練を定期的に行うこと。

### (4) 医療機関との連携

提携（協力）病院を定め、その診療科目等について入居者に周知しておくこと。また、提携（協力）内容に医師の訪問による健康相談、健康診断が含まれていない場合には嘱託医を確保しておくこと。

特に介護型ホームにあつては、要介護者が相当数入居していることに配慮し、これらを定めること。

### (5) 運営懇談会等の設置

施設長、職員及び入居者代表により組織する運営懇談会を設け、管理費、食費の収支等の内容を定期的に報告し、説明するとともに、入居者の要望、意見を運営に反映させるよう努めること。

## 7 サービス

入居者に対して、食事、相談助言、健康管理、治療への協力、介護、レクリエーション等に関し、契約内容に基づき、その心身の状況に応じ適切なサービスが提供されること。

### (1) 食事サービス

ア 高齢者に適した食事を提供すること。

イ 栄養士による献立表を作成すること。

ウ 食堂において食事をするのが困難な入居者に対しては、居室において食事を提供するなど必要な配慮を行うこと。

### (2) 相談・助言等

入居時には、心身の健康状況等について調査を行い、入居後は入居者の各種の相談に応ずるとともに適切な助言等に努めなければならないこと。

### (3) 健康管理と治療への協力

ア 入居時及び1年に2回以上健康診断を受ける機会を与え、その記録を適切に保存しておくとともに、常時、入居者の健康保持に努めること。また、介護型ホームにあっては、常に要介護者の健康の状況に注意し、必要に応じて健康保持のための適切な措置をとるよう努めること。

イ 入居者が一時的疾病等のため日常生活に支障がある場合には介助等日常生活の世話が行えるよう配慮するとともに、医療機関での治療が必要な場合には適切な治療が受けられるよう医療機関との連絡、紹介、受診手続き、通院介助等の協力を努めること。

### (4) 介護サービス

ア 契約内容に基づき、入居者を専用居室、特別介護室又は介護居室において入居者の自立を援助するという観点に立って処遇するとともに、常時介護に対応できる職員の勤務体制をとること。

イ 必要に応じて介護記録を作成し、保管するとともに、主治医との連携を十分図ること。

### (5) レクリエーション

入居者の要望を考慮し、運動、娯楽等のレクリエーションを実施すること。

## (6) 身元引受人への連絡等

入居者の生活において必要な場合には、身元引受人等への連絡等所要の措置をとるとともに、本人の意向に応じ、関連諸制度、諸施策の活用についても迅速かつ適切な措置をとること

## 8 事業収支計画

### (1) 資金の確保等

初期総投資額の積算に当たっては、開設に際して必要となる次のような費用を詳細に検討し積み上げて算定し、必要な資金を適切な方法で調達すること。また、資金の調達に当たっては主たる取引金融機関等を確保しておくこと。

ア 調査関係費、イ 土地関係費、ウ 建築関係費、エ 募集関係費、オ 開業準備関係費、カ 公共負担金、キ 租税公課、ク 期中金利、ケ 予備費

### (2) 資金収支計画及び損益計画

次のような点に留意し、長期の資金収支計画及び損益計画を策定すること。

ア 長期的な経営が可能な計画であること。

イ 最低30年以上の長期的な計画を策定し、少なくとも3年毎に見直しを行うこと。

ウ 借入金の返済に当たっては資金上無理のない計画となっていること。

エ 適切かつ実行可能な募集計画に基づいていること。

オ 長期計画に基づく入居時平均年齢、男女比、単身入居率、入退去率、入居者数及び要介護者発生率を勘案すること。

カ 人件費、物件費等の上昇率や建物の修繕費等を適切に見込んでいること。

キ 入居一時金の償却年数は平均余命を勘案し決められていること。

ク 常に適正な資金残高があること。

### (3) 経理・会計の独立

有料老人ホーム以外にも事業経営を行っている経営主体については、当該有料老人ホームについての経理・会計を明確に区分し、他の事業に流用しないこと。

## 9 入居一時金等

### (1) 入居一時金

入居一時金をとる場合には、建物の建設総費用（建物の保全費を含む。）や土地利用の換算額等を加算して得た額及びねたきり等介護の費用を含める場合にあってはその額を基礎とする合理的な算定根拠に基づくものであること。

借家の場合にあっては、保証金、建設協力金の金利負担分及び合理的な期間の賃借料を加えた額を勘案したものとすること。

なお、多額の一時金を払えば毎月の支払いは一切なく生涯生活を保証するという終身保証契約は、その後において入居者の心身の状況や物価、生活費等の経済情勢が著しく変化することがありうるので、原則として好ましくないこと。

## (2) 介護費用

ア 介護費用を入居一時金に含める場合にあっては、開設後の経過年数に応じた要介護発生率、介護必要期間、職員配置等を勘案した合理的な積算方法であること。

イ 介護費用を入居一時金に含めず、要介護状態が発生した都度個々に費用を徴収する場合にあっては、提供するサービスの内容に応じて人件費、材料費等を勘案した適切な額とすること。

## (3) 返還金

入居一時金をとる場合については、一定期間内に死亡又は退所したときの入居月数に応じた返還金の算定方式を明らかにしておくこと。

また、入居一時金に対する返還金対象とならない部分の割合が適切であること。

なお、着工時に相当数の入居見込者が確保されていない場合については、十分な入居者を確保し安定的な経営が見込まれるまでの間については、入居金の返還金債務について銀行保証等が付されていること。

## (4) 利用料

利用料（月額）は、1カ月当たりの入居者に対するサービスに必要な費用の額（生活費、職員の人件費、その他の運営費等であって、入居一時金により賄われるものを除いたもの）を基礎とする適切な額とすること。

また、賃貸方式による家賃相当額については、建築物の平均償却額や借地料等の土地の費用の入居定員1人当たり額に相当する額を加算して得た額を大巾に上回るものでないこと。

なお、利用料に関する保証金をとる場合には、その額は6か月分を超えないこと。

## 10 契約内容等

### (1) 契約締結に関する手続き等

- ア 契約に際して、契約手続き、入居金の支払い方法などについて事前に十分説明すること。
- イ 入居希望者が設置者の概要、有料老人ホームの類型（別表1の「有料老人ホームの類型」による。以下同じ。）、契約内容を十分理解した上で契約を締結できるよう、別紙様式に基づく書類（重要事項説明書）を作成し、契約締結前に入居希望者にこの書類を交付し十分な説明を行うこと。
- ウ 開設後においては、契約締結前に体験入居の途を設けること。
- エ 入居金の内金は入居金の20%以内とし、残金は引き渡し日前の合理的な期日以降に徴収すること。
- オ 入居可能日前の解約については、申込金及び適正な額の違約金を除いて全額を返還すること。

### (2) 契約内容

- ア 入居契約書において、有料老人ホームの類型、入居一時金、利用料等の費用負担の額、入居開始可能日、身元引受人の権利・義務、契約当事者の追加、契約解除及びその場合の対応、入居一時金の返還金の取扱い等が明示されていること。
- イ ねたきり、痴呆等になった場合のサービスについては、心身の状態等に応じてサービスが提供される場所、介護サービスの内容、頻度及び費用負担等を入居契約書又は管理規定上に明確にしておくこと。
- ウ 利用料改定のルールを入居契約書又は管理規程上明らかにしておくとともに、利用料の改定に当たっては、その根拠を入居者に明確にすること。
- エ 契約書に定める設置者の契約解除の条件は、信頼関係を著しく害する場合に限るなど入居者の権利を不当に狭めるものとなっていないこと。また、入居者、施設側双方の契約解除条項を契約上定めておくこと。
- オ 要介護状態になった入居者を特別介護室において処遇する場合には、医師の意見を聴いて行うものとし、その際本人の意向を確認するとともに、身元引受人等の意見を聴くことを契約書又は管理規程上明らかにしておくこと。
- カ 要介護状態になった入居者を介護居室に移して処遇する場合、又は契約を解除し

提携施設等に移す場合にあっては、次の手続きを含む一連の手続きを契約書又は管理規程上明らかにしておくこと。

(ア) 医師の意見を聴くこと。

(イ) 本人の意向を確認するとともに、身元引受人等の意見を聴くこと。

(ウ) 一定の観察期間を設けること。

(3) 入居募集等

ア 入居募集に当たっては、パンフレット、募集広告等において、有料老人ホームの類型を明示すること。

イ 募集広告等入居募集の際、誇大広告等により、消費者に不当に期待をいだかせたり、それによって損害を与えるようなことがないこと。

(4) 苦情解決、損害賠償

ア 入居者の苦情に対し迅速かつ円滑な解決を図るため、窓口を置く等入居者の利便に配慮してその苦情解決に努めるものとする。

イ 入居者に対するサービスの提供により賠償すべき事故が発生した場合は、入居者に対しての損害賠償を速やかに行うものとする。

11 分譲型有料老人ホームについての基準

いわゆる分譲型有料老人ホームについては、この指針に基づき、終身利用型等他の有料老人ホームに準じて指導を行うが、具体的な基準は次のとおりであること。

(1) サービス提供事業者

事業経営の基本姿勢として入居者の福祉を重視するものであること。

サービス提供事業者は、区分所有建物の分譲事業者との連携を十分に図ることができなければならないが、分譲事業者とは別法人であることが望ましい。

(2) 契約内容

ア 区分所有建物の売買契約、サービス提供契約等関連の契約において契約の目的、契約の存続期間、居住者・権利譲渡等の制限、契約の解除条項等を契約相互の関係が明確になるように記載すること。また、これらの事項のうち重要なものについては、宅地建物取引業法(昭和27年法律第176号)に基づく重要事項説明書においても合わせて明らかにすること。

イ 寝たきり、痴呆になった場合のサービスについては、心身の状態等に応じて利用できるサービス、当該サービスが提供される場所、介護サービスの内容、頻度及び費用負担等をサービス契約上明確にしておくこと。

ウ 管理費及びサービス費の改定のルールを建物の区分所有等に関する法律（昭和37年法律第69号）に基づく規約（以下「管理規約」という。）及びサービス提供契約上明らかにしておくとともに、利用料の改定に当たっては、その根拠を入居者に明確にすること。

エ 事業者のサービス提供契約の解除の条件は、信頼関係を著しく害する場合に限るなど入居者の権利を不当に狭めるものとなっていないとともに、当該サービス提供契約の解除が区分所有建物の所有権自体に重大な侵害をもたらすものでないこと。

オ 要介護状態になった入居者を提携施設等において処遇する場合には10(2)オに準じた手続きを、サービス提供契約を解除して提携施設等に移す場合には10(2)カに準じた手続きを、サービス提供契約等で明らかにすること。

(3) 職員配置等、施設の管理・運営及びサービス

5~7に基づき指導するものとする。ただし、介護サービスについては、区分所有建物が自己所有であることから、原則として終身居住できるよう、必要な介護サービスの提供・斡旋、提携施設の確保等必要な介護サービスが提供される体制を確保すること。

(4) 事業収支計画等

ア 事業の安定的かつ継続的な経営が可能であること。

イ 分譲型有料老人ホームに対するサービス提供以外にも事業経営を行っている場合には、当該サービス提供事業についての経理・会計を明確にすること。

ウ 管理費及びサービス費については、敷地、共有部分等の管理及び入居者に対するサービスに必要な額を基礎とする適切な額であること。また、これらに関する保証金については、光熱水道費等を含め入居者が支払うべき費用の概ね6か月分を超えないこと。

エ 入居時に介護費用を徴収する場合にあっては、9(2)アに従い合理的な積算方法によること。

事業主体概要	事業主体名		代表者名			
	設立年月日		基本財産・資本金			
	所在地					
	主な出捐者・出資者とその金額					
	事業主体が他にしている主な事業					
施設概要	施設名					
	類型(注3)					
	契約上定める要介護状態になった場合の取扱い	介護の場所				
		介護居室、提携施設等へ移る場合及び契約を解除する場合の要件、手続き				
		費用負担				
	所在地		略図添付	交通の便		
	権利関係		土地	建物		
	建築時期等		着工	竣工	建物の構造	
	面積	土地		m <sup>2</sup> 略図添付		
		建物(述べて面積)		m <sup>2</sup> 略図添付		
人居予定の専用居室又は介護居室		m <sup>2</sup> (介護居室 人定員) タイプ図添付				
特別介護室		m <sup>2</sup> 一人当たり m <sup>2</sup> タイプ図添付				
定員等		定員	専用居室数	介護居室数	特別介護室定員	
ナースコール等緊急連絡体制						
入居者が利用できる施設、設備						
利用料			金額		支払方法	
	入居一時金		(内介護費用) 円			
	追加入居一時金		(内介護費用) 円			
	入居前解約の場合の違約金		円			
	月額利用料		円			
	その他(注4)		円			
	解約時の返還金		有無		(算定基準)	
月額利用料内訳(注5)	費目	金額		備考		
	管理費	定額	円			
		実費	有無			
	食費	定額	円			
実費		有無				
光熱水費	定額	円				
	実費	有無				

	家賃相当額		円		
	その他 ( ) ( ) ( )		円 円 円		
	月額利用料改定 ルール、改定額 の決定方式				
サービス内容(注6)	入居一時金に含まれるサービス				
	月額利用料に含まれるサービス				
	施設が提供するその他の主なサービスとその利用料(概算) (注7)				
医療・介護	提携病院(嘱託医)の概要及び提携内容				
	入居者が医学的ケアを要する場合の対応とその費用の負担方法(入院治療を要する場合を含む)				
	入居者が介護を要する状態になった場合の介護を行う場所、介護サービスの内容、頻度及び費用負担(注8)	別表2	介護サービス一覧表による。		
職員等の構成(注9)	職 種	有	無	備 考	
	施設長	有	無		
	生活相談員等相談業務に従事する者	有	無		
	ヘルパー等生活援助に従事する者	有	無		
	栄養士等食事サービスに従事する者	栄養士	有	無	
		調理員	有	無	
	看護婦等保健衛生管理に従事する者	嘱託医	有	無	
		看護婦・准看護婦	有	無	
	機能回復訓練に従事する者	有	無		
事務その他に従事する者	有	無			
入居開始可能日					
重要事項説明書説明者氏名					

(注)

- 1 契約書及び管理規定等を添付すること。
- 2 事業主体と運営主体が異なる場合は、運営受託者概要を事業主体概要と同様の欄を設けること。
- 3 類型は、別表1「有料老人ホームの類型」に基づくものであること。  
提携施設がある場合は、本様式と同様のものを作成すること。
- 4 利用料の「その他」の欄には、入居一時金及び月額利用料以外の費用であって、保証金等提供されるサービスの内容にかかわらず入居者が負担する費用についてその名称と金額を記すこと。
- 5 月額利用料のうち食費、光熱水費について事業主体でなく管理組合に納入する場合等にあつては、当該欄中にその旨を記すこと。また、実費が有の場合には、その計算方法を備考欄に記すこと。
- 6 介護サービスについては「医療・介護」欄に記すこと。
- 7 概算額は平均的利用の場合の金額を記すこと。この場合金額の幅を持って記しても差し支えないこと。
- 8 別表2「介護サービスの一覧表」を作成すること。
- 9 職員の構成は、現況(開設前の施設にあつては、開設時)を記すこと。また、必要に応じ、職員の名称を備考欄に記すこと。

別表1

## 有料老人ホームの類型

	契約上定める要介護状態になった場合の取扱い				手 続 き 等
	契約の解約の有無	専用居室又は介護居室の権利	介護を行う場所	移行に伴う新たな入居一時金の有無	
終身利用（同一施設内介護）型	解約しない	存続	同一施設内	不要	(1) 要介護状態になった者を特別介護室において処遇する場合には次によること。 ア) 医師の意見を聴くこと。 イ) 本人の意向を確認するとともに、身元引受人等の意見を聴くこと。
終身利用（提携施設介護）型	解約しない	存続	提携施設 または 同一設置者の別施設  〔介護の程度が軽い場合は、同一施設内で介護し、更に重度の介護が必要となった場合に、提携施設等に移すものも含む〕	不要	(2) 要介護状態になった者を専用居室の権利を消滅させて、同一施設内の介護居室に移して処遇する場合は、次によること。 ア) 医師の意見を聴くこと。 イ) 本人の意向を確認するとともに、身元引受人等の意見を聴くこと。 ウ) 一定の観察期間を設けること。
提携施設移行型	解約する 〔新たに提携施設等と契約を締結〕	消滅	提携施設 または 同一設置者の別施設  〔介護の程度が軽い場合は、同一施設内で介護し、更に重度の介護が必要となった場合に、契約を解除し、提携施設等に移すものも含む〕	不要	入居契約の解約に当たっては、次によること。 ア) 医師の意見を聴くこと。 イ) 本人の意向を確認するとともに、身元引受人等の意見を聴くこと。 ウ) 一定の観察期間を設けること。
限定介護型	解約する 〔契約上定められた以上の介護が必要となった場合〕	消滅	契約上定めがない または 契約上定めがあっても新たな入居一時金が必要		入居契約の解約に当たっては、次によること。 ア) 医師の意見を聴くこと。 イ) 本人の意向を確認するとともに、身元引受人等の意見を聴くこと。 ウ) 一定の観察期間を設けること。
健康型	解約する 〔介護が必要となった場合〕	消滅			
介護専用型*	解約しない	存続	同一居室内	—	

\* 「介護専用型」とは、主として入居時より常時介護を要する者を入居させることを目的とするものをいう。

別表2

介護サービスの一覧表

	A		B		C	
ALD ○歩行 ○食事 ○排泄  ○入浴  ○衣服の着脱	<ul style="list-style-type: none"> <li>・自力歩行可能</li> <li>・自力で可能</li> <li>・自力で可能</li> </ul>		<ul style="list-style-type: none"> <li>・歩行が不自由</li> <li>・一部介助</li> <li>・介護があればトイレでできる</li> <li>・入浴時介助が必要</li> </ul>		<ul style="list-style-type: none"> <li>・歩行不可能</li> <li>・全面介助</li> <li>・全面介助 (常時おむつを使用)</li> <li>・全面介助 (特殊浴槽を利用)</li> <li>・全面介助</li> </ul>	
介護を行う場所						
介護サービス	入居金、管理費を含むサービス		入居金、管理費を含むサービス		入居金、管理費を含むサービス	
○巡回 ・昼間～ ・夜間～						
○家事 ・掃除 ・洗濯						
○食事 ・配膳、下膳 ・食事介助						
○排泄 ・排泄介助 (おむつ交換 おむつ代)						
○入浴等 ・清拭 ・一般浴介助 ・特浴介助						
○身辺介助 ・居室からの移動 ・衣類の着脱 ・理美容 ・身だしなみ介助						
緊急時対応 ・ナースコール						
○診療の付添						
○代行 ・買物 ・役所手続き						
健康管理サービス  ・健康診断 ・健康相談 ・生活指導 ・機能訓練 ・医師の往診						
入退院時、入院中のサービス ・医療費 ・移送サービス						
その他サービス						

※なお、記入にあたっては、回数、費用負担を明らかにすること。

その他サービスの欄は、上記以外のサービスを必要に応じて記入すること。

# 日本法への示唆

——結びを兼ねて——

米倉 明

以上の諸論稿をふまえ、日本法への示唆という観点から考察して本論集を閉じることにする。以下においてはこれらの論稿を注記の形で適宜引用するけれども、引用しない場合にも、これらの論稿に負うところが大きいことというまでもない。どうか読者は本稿を読まれるにあたって、ぜひこれらの論稿に接していただきたい。以下大きく1～3に分け、それぞれの中をさらに適宜分けて述べることにする。

### 1 3国における成年後見制度の発展動向の特徴

まず、イギリス、ドイツ、オーストリア3国における成年後見制度の発展動向からとらえられる大きな特徴を指摘しておきたい。

#### (1) 問題に対する取組み方

第1に、問題に対する取組み方、姿勢に注目しなければならない。

(イ) これらの3国いずれも大変積極、果敢に問題にアタックしているといつてよい。すなわち、イギリスは持続的代理権授与法（EPA）が成立して数年経たか経ない今日において、同法の運用の実態、問題点を探求するために政府が学者に調査を委託するなど<sup>(1)</sup>、より適合的な制度作りをしようという熱意を示している。オーストリアは成年後見制度の創設についてはドイツの先駆をなしたほどの力の入れようであり、ドイツはドイツで東西ドイツ統一による法律整備に追われながらも、種々のレベルの議論を積み上げ、ついに多数の規定を用意した制度を作るにいたった。ドイツの場合には施行そのものはしばらく後に延ばされているとはいえ、制度の骨格はできあがったといえよう。問題の重要性がしからしめたのではあろうが、わが国の状況にひき比べ、これらの国々の努力には敬服せざるをえない。

(ロ) 3国を通してみた場合に、画一・硬直な旧来の制度を改廃して、多様・柔軟な対処、きめの細かい対応ができるようにすることが志向されている。

そしてその方向のもとに、

(a) 実体法・手続法両面にわたる大改正が断行された。

(b) 国家機関とりわけ裁判官の関与する機会が増え、それはいきおい、裁判官の負担増をひき起こすわけであるが、そういうことを承知のうえで、大改正にふみきったのである<sup>(2)</sup>。

(c) 成年後見制度が成功するためには諸機関の密接な連係を確保することが必要とされ、裁判官を核にして、医師・社会福祉関係者さらにはボランティアが相互連絡、協力すべきこと<sup>(3)</sup>とされている。このように多種、多数の人々の協力のもとに制度を運用していくことになる、協力する人々の供給・訓練をいかにして確保するか、必要な資金をいかにして確保するかが大きな問題になる。各国それぞれそのことを意識し、対策に知恵をしばっている。

(d) 多様・柔軟な対処、きめの細かい対応をめざすことは財産管理についてばかりでなく、身上監護についても同様である。従来とかく財産管理の側面に重点がおかれがちであった成年後見制度にも、ひとつの転機が訪れたという感がする。もっとも、イギリスのEPAはその対象を財産管理に限っているけれども、はたしてその姿勢がいつまで維持できるか興味深い。なお、ドイツの制度が精神障害者に限らず、身体障害者をも対象とすることは、成年後見制度のひとつのあり方として銘記されてしかるべきである。

## (2) 思想的背景

第2に、成年後見制度の発展動向の背後に控えている思想に注目すべきである。この思想的背景を一言にしていえば、精神能力の減退ないしは喪失にいたった者（以下、被世話人という）の自己決定の尊重ということである。自己の意思で代理人を選任することを前提とするイギリスのEPAは、もとよりこの思想にたっているといえよう。ドイツ、オーストリアの制度にしても、世話人が選任されたことすなわち被世話人の行為能力の剝奪を意味するというわけではなく、被世話人の精神能力の程度に応じてその行為能力がきめられるのであるから、ここには自己決定の尊重という思想をはっきり読み取ることができる。被世話人を特別視してひたすら社会から隔離する<sup>(4)</sup>、そうすることによってその者の財産を保護する、取引の相手方に警告を与えることを通じて右相手方の保護をはかるという思想から転換して、被世話人の精神能力に応じた法律的処遇をする、被世話人にまだできることはさせるようにするというわけである。

旧来の思想によれば、被世話人の処遇そのものがはたしてその者を人間として尊重していることになるのかということよりも、その者の財産の保護ひいては家族の保護、取引の相手方の保護ということにウェイトがおかれ（私としてはそれにはそれなりの意義はあると思うが）、肝心の被世話人の立場にたって考えてみるという観点が欠落していた。被世話

人にしてみると、精神能力は減退したとはいうものの、まだこれこれの行為は自分ひとりの判断で十分できるのに、精神能力減退という一事を理由にすべての行為について能力を剥奪させるとか制限されるとかいわれたのでは、不本意であろう。精神能力の程度に応じて、たとえば金銭の預入れはできるけれども、しかし払戻しは受けられない（モリエールの「守銭奴」アルパゴンを思え）とか、払戻しも受けられるけれども、借財はできないとかいうように、きめ細かく処遇してほしいということになろう。わが民法にひきつけていうと、ひとたび準禁治産宣告が下されたが最後、問題の人物の精神能力の程度いかんを問わないで、12条1項所掲のいずれの行為をするにも保佐人の同意を要するという画一・硬直な扱いをすることをやめて、これは単独で完全にできるが、あれはそうでないというように、1人1人についてその精神能力の程度に応じて、きめてほしいということになろう。そうすると、精神能力の程度に応じて、行為能力がゼロの人から段階を経て100パーセントの人にまでおよぶということになり、旧来のように、オール・オア・ナッシングということにはならなくなる。近時の成年後見制度の発展動向は、まさにそのような事態が到来することをめざしており、20世紀も末になって漸く、「本人の身になって考える」法律的処遇が日の目を見ることになったのである。まことに画期的なことといわねばならない。

「自己決定の尊重」という思想がかくも浮上してきたについてはどのような要因があずかって力があつたのか、たとえば精神医学の分野における発展はいかに影響したのかなど<sup>(5)</sup>、興味ある問題がここにはあるけれども、立ち入っている余裕も、その能力も今の私にはない。将来、たとえば精神医学の専門家の御教示を受けるなどして考えてみたい。

### (3) 法的構成

第3に、法的構成のレベルにおいては任意代理型（イギリス EPA）と法定代理型（ドイツ、オーストリア）との二型を区別することができる。今後のいっそうの研究を待たないと私には確言しかねるところであるけれども、身上監護の方法としてはともかく財産管理の方法としては後見制度（法定代理）の発達が十分でなく、ひいては財産管理の方法としては信託の発達をみたイギリスにおいては、法定代理型には傾斜しがたく、結局、EPA という制度の採用に踏みきり、これに対し、財産管理の方法として整備された後見制度をかねてから有していたドイツ、オーストリアにおいては、法定代理型が採用されたとおそらくいえるように<sup>(6)</sup>、いずれの型を採用するかについては各国それぞれの事情があり、いずれ

かの型こそ正統であって、他はそうでないなどとはいえないことが示唆されるわけである。ここで2点述べておこう。

まず、両型は相互に他を排斥する（許容しない）ものではない。そのことを前提して、両型のうちでは任意代理型の方が——自己決定の尊重という趣旨から——優先するものとして扱われる<sup>(7)</sup>。

次に、両型のいわば相互接近、融合現象を指摘することができる。というのは、任意代理型（イギリスEPA）とってみても、法律による規制（とりわけ裁判所による監督）が細かく用意されており、他方、決定代理型（ドイツ、オーストリア）とってみても、被世話人の意向に最大限度そって世話をすべしとされているからである<sup>(8)</sup>。不在者が生死不明になった場合に、不在者がかねて選任しておいた財産管理人（代理人）に対し、家庭裁判所があれこれと監督することが用意されていることを思えば（日本民法26～29条）、この性質上必要とあれば、任意代理の法定代理化も認められてふしぎはない。法定代理の任意代理化についてもまた同様であろう。不在者でもなく、生死不明でもない被世話人が選任した代理人に対して、裁判所が監督の手をおよぼすところに、イギリスEPAの特徴が見出されるといえよう。

#### (4) 法技術の細目

第4に、法技術の細目にも注目すべきポイントがいくつかある。(イ)世話人と被世話人との法律関係、および、(ロ)世話人に対する裁判所の監督方法、について詳細な規定を用意しているところは、大いに注目されるべきことももちろんである。(イ)(ロ)以外にとりわけ注目すべきものと思われることを挙げておこう。

まず、複数の世話人（代理人）をおくことが許されないのは当然だという態度はとられおらず、むしろ許されるという態度がとられている<sup>(9)</sup>。きめの細かい世話をめざすというのであれば、適材適所ということで、複数選任を許すことに帰着せざるをえなくなってこよう。

次に、世話人（代理人）は自然人でなければならず、自然人以外の者（法人その他の団体）がなれないのは当然のことであるという態度も緩和され、原則は自然人でなければならぬにしても、例外を認める余地を残すという方に向かっているとみられないだろうか<sup>(10)</sup>。

最後に、自己決定の尊重を全面に押し出してはいるものの、世話人（代理人）・被世話人と取引する相手方の保護いかにという問題を全く無視するわけにはいかず、3国それぞれにこの問題に対処していることに注意しておこう。

イギリス、オーストリアはしかるべき公示方法（さらにはそれへのアクセスの方法）を案出して、取引する相手方の保護をはかっている<sup>(11)</sup>。これら2国に比べると、ドイツは取引する相手方の保護にあまり配慮していないように見える。「必需品契約」のルールが明文で導入されたことは取引する相手方の保護（ひいては被世話人自身の保護）に資するわけであるが、それだけで十分といえるのか。行為能力剥奪についての公示方法はもともとないに等しかったし<sup>(12)</sup>、しかもそのような状況の下でも別段の支障はなかったのだから、改正法の下でも、取引する相手方の保護に気をつかう必要はないといわれるのかも知れない<sup>(13)</sup>。今や被世話人は世話人を附されたというだけでは、すなわち行為能力を剥奪されるということにならないので、その限りでは取引の相手方を保護することに一応なるけれども、しかし、精神能力に応じてせよ、行為能力を一部または全部奪われることがあるからには、やはり相手方としては油断がならない。何らかの公示方法が必要にならないであろうか。もっとも、不動産の取引においては公証人がタッチして問題が起きないように一切をとりしきってくれるとでもいうのであれば、それはそれでよいわけである。ドイツにおける不動産の取引の実態ははたしてそうであるのか、今のところ私にはわからない。今後、さらに探求してみたい。

## 2 日本法への示唆

前項において指摘した4個の特徴（(1)～(4)として述べた各部分）は、日本法に対しどのような示唆を与えるであろうか。以下、右の4個に対応させながら、順次述べていこう。

### (1) 問題に対する取組み方

第1に、問題に対する取組み方、姿勢について。

成年後見制度を立法によって整備すべき時期が日本でも既に到来しているのではあるまいか。高齢化社会へ向かってのピッチの早い日本では、まだ必要ではないなどというおられないであろう。多様性に富み、かつ、柔軟な制度を新設して<sup>(14)</sup>、1人1人の能力に応じた処遇をすることができるようにしたいものである。民法典の中に組み入れた形にする

か、単行法にするかはひとつの問題ではあるが、ともかく立法へ向かって動き出すべきであろう。ちなみに、その機会にあわせて、未成年後見制度をも改正することが望ましい。それはともかく、成年後見制度についていえば、人の能力の程度をきめるというからには、裁判官にその作業を担当してもらうのが適当であり、そうなると、裁判官を増員しなければなるまいけれども、それを断行する覚悟がなければ、国家として高齢化社会に対処しえないであろう。裁判官と医師、社会福祉関係者、ボランティアとの連係に遺漏なきよう、制度を整備する必要があることももちろんである。世話人の養成制度を確立して、世話人のなり手にこと欠かぬようにはかるべきである。成年後見制度は財産管理だけをカバーすべきか、それとも身上監護をもとり込むべきか、身体障害者をも対象とすべきか、も検討すべきである。

要するに、成年後見制度の立法化に向けて、少なくとも準備作業を始めるべきであり、始めたならば比較的短期に一応のまとめをつけて立法し、実行に移して、次に修正するというように進んでいくべきである。完全を期して長時間（たとえば10年）かけて立法するというのは適当でない。その「長時間」のうちにも高齢化は時々刻々進行し、高齢者は増加するばかりだからである。増加するというよりも激増し、従って問題発生の件数も同様であること、たとえば離婚件数の比ではあるまい。裁判沙汰になる件数はそれほどもなかろうといえるかも知れないが、裁判沙汰にさえならなければ放置しておいてよいとはいえない。成年後見制度の立法化は大作業、おそらく——民法の分野における——20世紀初頭以来の一、二を争う規模の立法作業となろうけれども、外国でも大作業をしているのであって、日本だけが特にというわけではないし、国民の大半が高齢化するというからには、大作業になって当然なのである。むしろ法律家にとっては、世紀の大作業ということで、榮譽ある作業をするということになるわけである。

準備作業の一環として、早急に、高齢者の財産管理・身上監護についての実態調査を、高齢者の意識をも含めて行うべきである。法律の不備・不明確が原因で、関係者は多大の不便を強いられていることが、その調査から判明するであろう。あるいは、その調査の結果、ウェットととかく思われている日本人も案外、赤の他人の世話になることを気にしない、どうあっても身内の者の世話になりたいなどとはいわないということが判明するかも知れない。時代は推移し、人々の考え方も変わりうるのだから、およそ日本人の場合にはなどという議論に固執してはいけぬ。それに、身内の者に世話になる以外は断るといっ

てみたところで、これからはそのようなことはいっておられなくなるだろう。世話をしてくれる身内の者（とりわけ子孫）の数が激減し、また、世話をする気のある身内の者自身が高齢化するのであって、いやでも赤の他人の世話になるしかないのである。

## (2) 思想的背景

第2に、思想的背景について。

日本では自己決定の尊重という考え方はまだなじみが薄いというのが実情であろう。私としては、この考え方はもっと強調されてしかるべきだと思う。その人の精神能力に応じて、行為能力を割り当てる。1人でまだやれることはさせるというこの考え方は、私には支持すべきものと思える。そうだとすれば、民法12条をしかるべく改めて、その人の精神能力に応じて、たとえば、その1項3号の行為（そのうちでも「喪」にあたる行為）は保佐人の同意の下にしなければならないが、同項1号や8号の行為は保佐人の同意なしにできるといのように、家庭裁判所が決定するとでもすべきであろう。人の精神能力を細かく吟味したうえで、その人の精神能力に応じた処遇をするというのではなく、およそ準禁治産者は同条1項のいずれの行為をするにも保佐人の同意を要すると画一・硬直な扱いをしたうえで、さらに同条2項により、保佐人の同意を必要とする行為を追加しうるなどとは、自己決定の尊重に真向から対立するものである。よろしく改正すべきである。

その人の精神能力に応じてという扱いは、実は、同条2項において現れているのであって、その限りでは、裁判官が個別処遇を検討・吟味することは既に予定されているともいえる。しかも同項は申立てを待たないで、職権をもってなしうると解されるのである<sup>(15)</sup>。もっとも、その予定は、禁止の追加（いってみれば禁止＝1項には手をふれえず、それに追加しうる）という方向だけを念頭におくという意味で、片面的ではある。同条を改正して、禁止（1項）を外すという方向をもとりいれるべきである。

浪費者をどう処遇するかも問題ではあるが<sup>(16)</sup>、依然として準禁治産者として位置づけておくにしても、浪費者は同条1項に掲げられた行為の多くを保佐人の同意なしにできると改めるべきであろう。なお自己決定を許されない旨を有権的にきめられた者という連想をたやすく誘発する名称、「禁治産者」「準禁治産者」を廃止して、たとえば「被世話人」とでもすべきであろう。

画一・硬直な処遇ではなくて、その人の精神能力に応じた処遇をはかるべきだという考

え方はなんら奇異な考え方ではなく、ほぼ100年前、民法12条（原案18条、現行12条とほぼ同文）の起草過程において表明されていたくらいなのである。

岡村輝彦委員は、次のように論じ提案した。すなわち、同じく準禁治産者といっても、精神能力は人によって異なる。原案によれば法律があまりに細かく介入しすぎて、かえって弊害を伴いはしないか。裁判官に判断を一任することにして、「裁判所ハ準禁治産者カ保佐人ノ同意ヲ要スル行為ヲ定メテ宣言スルコトヲ得」とすればよく、「此人ニ対シテハ是丈ケノ事サヘ保佐人ノ同意ヲ得テ為サシメタラ宜イ此人ハ全体ノ事ニ対シテ同意ヲ得サセネバナラヌト云フ様ナ事モアラウカト思ヒマス」、このような方向で原案を修正してはどうかと提案したのであった<sup>(17)</sup>。これに対しては、「夫レデハ日本ノ準禁治産者ト云フモノハ種類ガ沢山出来テ何ガ何ヤラ訳カ分ラヌ様ニナル」、「此準禁治産者ハ斯ウ、彼ノ準禁治産者ハ斯ウト云フ様ナ一々別ヲ付ケテ往ツテハ四千万ノ人間ニハ四千万ノ民法ガ入ル様ニナツテ来マス」、「其範圍ヲ裁判官ノ見込ニ依テ其人々ニ付テ定メサセルト云フ説ガアリマシタガ夫レデハ實際ノ錯雑ハ非常ナモノデアラウ」、原案が適当であり、画一的にしておかないと「相手ニナツテ契約ヲ結ブ者モ困ル」という反対意見が相次いで表明され、結局、原案は維持されたのである<sup>(18)</sup>。なお、画一的にきめるにしても、同条1項の列挙事項は準禁治産者ということを考えて多すぎはしないかという意見<sup>(19)</sup>、一般論としては禁止を広くしておいて、人によっては裁判官の判断により禁止を外すことにしてはどうかという趣旨にとれなくもない意見<sup>(20)</sup>が、表明されていたことに注意しておきたい。

以上紹介したところからは、自己決定の尊重は大多数の委員の念頭にはほとんどなく、画一処遇、取引の相手方の保護がもっぱら念頭にあったとあってよいであろう。現在でも、取引の相手方のことを考えると、画一処遇にしなければ、制度として適切に機能しえないのではないかという危惧が表明されており<sup>(21)</sup>、おそらく多数の人々は同様の危惧をもっていることであろう。その危惧にはもっともな面があり、自己決定の尊重を貫こうとするなら、この危惧を解消しうる方策をたてなくてはならない。それはともかく、現行民法の原点における議論を簡単にではあるが知っておくにこしたことはないと考えて、紹介しておいた。

### (3) 法的構成

第3に、法的構成のレベルについて。

このレベルに焦点をあわせてみると、3国における成年後見制度の発展動向は、たとえば代理の基礎理論について再考することをもよぎなくさせる。というわけは、これから述べるところを通じておわかりいただけるであろう。

Aが精神能力に問題がなかった時期に、Bに財産管理を委任し代理権を与えた。その後Aは禁治産宣告を受けた。Aが禁治産宣告を受けても、委任は終了せず、代理権も同様とする旨の特約はされていなかった。AB間の委任契約、Bの代理権の消長いかに。この事例を以下においては「設例」と呼び、引合いに出すことにしたい。なおついでに、設例においてAに附された後見人をCとし、Aが死亡した場合におけるその相続人をDと表わすことにしよう。A～Dの記号を以下適宜、使用することにする。

イギリスのEPAは右の問題を解決するために立法されたものである。そこでは本来なら委任契約は終了し代理権も消滅するはずのところ、いわば持続の特約をすることを前提に、委任契約および代理権は持続するとされたのである。日本法の下では(i)以下に述べる当然持続説(持続する旨の特約がされなくても持続するという考え方)を前提したうえで、代理人の登録、代理人に対する裁判所の監督などについてEPAを参考にして立法することが考えられる。もっとも、後見人が選任される以上、後見人に対する裁判所の監督が直しきを与えていれば、さほどの弊害はないであろうから、EPA方式の導入は不要といえるかも知れない。あるいは、(ii)禁治産宣告を受けた場合を含めて、精神能力が減退ないしは失われた場合に委任契約・代理を継続させる方法としては——当然終了・消滅という立場をとることにしたうえで——すべて事前の契約によることにし、EPA方法を大幅にとり入れることにすることも考えられる。以上(i)(ii)が考えられる。立法をするにあたってはそれぞれの利害得失、民法の代理制度との調和を慎重に吟味する必要があり、この場では軽々にはいえない。立法論はしばらくおき、以下(i)実質論、(ii)形式論(法律論)とに大別して、民法653条、111条についての解釈論を試みることにする。

#### (i) 実質論

実質論を試みるとすれば、次のようになるであろう。

すなわち、(a)AはBを信頼して財産管理を委任したわけであるが、Aにしてみると、精神能力を喪失した段階においてこそまさに信頼に応じて財産管理をしてほしいところで、肝心の時になって委任が当然に終了し、代理権も当然に消滅するというのでは、何の

ための委任か代理かということになろう。Aが死亡してDが相続した場合には、AB間の信任関係は当然にはDB間には引き継がれないので（当然に引き継げると判断するのは適当でない）、Aの死亡によってAB間の委任契約、Bの代理権は当然終了・消滅となつてしるべきであり（653条、111条1項1号）、それがまたABの通常の意味に適合するであろう。しかし、それはAが死亡した場合のことである（本稿では立ち入らないが、死亡しても持続する旨の特約がされていれば別問題である。借りていた鶏を貸主に返してくれるよう死亡寸前にクリトンに委任したソクラテス、プラトン作『パイドン』のラスト・シーンを思え）。設例の場合にはAはあくまで生存しており、しかも自分自身では財産管理をしえなくなったので、ますますBへの信任に頼って、財産管理に遺漏なきを期したいわけであつて、Aが死亡した場合と同日に論ずることはできない。

（b）もっとも、次のようにはいえよう。設例において、AB間の委任契約が当然に終了すると解した場合に、（i）「急迫ノ事情」がないのであれば、右契約はまさに当然に終了し、Bの代理権も当然に消滅すると解することになるけれども、（ii）「急迫ノ事情」があるのであれば、Bは委任契約終了のさいにおける応急処理義務を負っているので（654条）、Aが害されることは実際にはおそらくまれであろう。というのは、そういう場合（ii）には、BはCが選任されるまでは財産管理を継続し、Cが選任された暁にはC自身が財産管理にあたるか、または、Cが適任者（Bのこともあろうし、そうでないこともあろう）に委任して管理してもらうことになるからである。そしてこのように考えるなら、AB間の委任契約の当然終了、Bの代理権の当然消滅という考え方をとつたとしても、別段Aを害することになるまい<sup>(22)</sup>。そうだとすると、当然終了・消滅説をとろうと、はたまた、当然持続説をとろうと大差はなく、いずれにしてもAが害されることはおそらくはないであろう。このように論ぜられるかも知れない。

しかしだからといって、当然終了・消滅となるべきだとは思えない。いずれにしてもAはまずは害されないのであれば、その同じ帰結に導くのによりすっきりした説明、加うるにAの通常の意味に適合した説明をしうる方がとられるべきであり、この観点にたてば、当然持続説がとられるべきである。というわけはこうである。

いったん当然終了・消滅→「急迫ノ事情」の有無で場合分けをして、右事情がある場合にはBの応急処理義務履行による財産管理継続→Cの選任→C自身または委任・代理権授与（CからBまたは他の者へのそれ）による財産管理、というよりも、「急迫ノ事情」の

有無を問わないで、終始一貫、委任契約および代理権は当然持続し、そのことによって財産管理がされる（当然持続説）という方ははるかにすっきりしているのみならず、Aの通常の意味にも適合しているのではあるまいか<sup>(23)</sup>。Aの通常の意味としては、「急迫ノ事情」の有無で区別したりしないで、Bに当然ひき続いて財産管理にあたってほしいということであろう。それに当然終了・消滅説をとる場合には、「急迫ノ事情」とは何か、その有無いかに、Cが委任事務を「処理スルコトヲ得ルニ至ル」（654条参照）とはどのような事態をさすのか（私が先に前提してきたようにCが選任されたというだけでたりるといえるのか、もしそうだとすると、禁治産宣告と同時にCが選任されるのが実務の扱いであるから、右宣告と同時に右事態にいたることになるが、それでよいか、Cが適任者との間で委任契約を締結する必要があるのか、さらに、事実上財産管理が開始される必要があるのかなど問題がある）、さらには委任終了の事由がBにはたして通知されたのか、通知されなかったけれどもBは知っていたのか（655条参照）という問題が起きてくるであろう。これらの問題は委任終了にはついてまわるのであって、設例の場合にだけ起きるわけではないけれども、それにしても、できることなら回避したいところである。当然持続説をとるのであれば、これらの問題を回避しうるわけである。

以上のような次第であるとする、いったい何を苦しんで、当然終了・消滅、応急処理義務等と、複雑な議論を次から次へと重ねなくてはならないのであろうか。そのようなことをする必要はなく適当でもない。

（c）当然持続説をとった場合にも、たとえAB間の委任契約が期限附であって、かつ、期限未到来であっても、Cとしてはいつでも無理由で委任契約を解除することができるので（651条、859条1項、ひいては代理権を消滅させうる、111条2項）、Bの財産管理が適切でない場合には後見事務の一環としてCが解除すればよいわけである（Cの後見事務に対する家庭裁判所の監督も用意されている、845条、863条参照）。こういう次第であるから、当然持続説をとるからといって、Aの利益がBによって害される危険を防止する歯止めがないわけではない。

また、C（後見人、法定代理人）が選任されたからといって、ただそのことだけを理由にして、それに先立って締結されていた委任契約、同じく与えられていた代理権を、かつて寄せられた信任に応えようとBが鋭意努力中であるにもかかわらず、当然に終了・消滅させるのは適当ではあるまい。そもそもCはAの法定代理人であって、Cの選任以前はAB

間の契約関係を A 自身が B を相手に処理してきたところを、以後は A に代わって C が処理することになり、その結果実際上は、A が依然として精神能力を有しているのと大差がない<sup>(24)</sup>。これを B からみれば、直接相手にする者が A から C に交代したものの、AB 間の契約関係であることに消長をきたさないというべきである (A が死亡して D が相続した場合とは異なる<sup>(25)</sup>)。こうみてくると、C が選任されたとの一事をもって、委任契約の当然終了、代理権の当然消滅を帰結するのはむしろ不自然である。不自然な取扱いをしないで、委任契約・代理権を持続させたい (B という任意代理人と C という法定代理人が並び立つことになる)、もはや B では不都合と C が判断した場合に終了、消滅させれば十分であろう。委任契約であるからには、B の方からいつでも無理由で解除しうる (651条)。このように考えてくると、C が選任されたということじたいは委任契約の当然終了、代理権の当然消滅を帰結するものではなく、当然持続説をとったうえで、以後の処理は B や C の判断に委ねるべきであり、またそれであり得るであろう。

C が選任されたことに関しては、なお次のようにもいえよう。実質論か形式論か微妙なところではあるが、ここで述べておく。すなわち、(i) C の任務は A の療養監護に努めることのほか (858条)、A の財産を管理し、A を代理することにある (859条)。「管理」の意味、そのおよぶ範囲が問題であるが、注意すべきは、C は A の破産管財人とは異なり、A の総財産の清算をすることを任務としてはいないことである。もし A の総財産の清算をすることを任務としているのなら、A の総財産を C のイニシアティブの下に換価すべきことになり、そのためには、C の選任とともに (同時に)、問題の財産についての管理権を当然 C に帰属させ、他方では、AB 間の委任契約の当然終了、B の代理権の当然消滅という効果を生じさせるのが合目的的であろう。しかし、C の任務は A の総財産の清算をすることにはないのである。(ii) C の任務は A の財産を管理すること、もっというと、A の利益をはかって、その趣旨にそって管理することにある (869条による644条の準用)。とすれば、A がかつてこの人物こそ適任と見込んで選んだ B が財産管理にあたっているのであれば、その B にそのまま続けさせるのが A の利益をはかることになろう。いったん B を退ける (ただし応急処理義務の範囲内では続けさせる) などは、煩わしいだけである。C からみて、やはり B は不相当だと判断すれば、C はいつでも無理由で B をやめさせることができるのだから (この点については既に述べた)、B に続けさせておいてさしつかえのあるはずがない。(iii) ちなみに、設例と異なり、A が準禁治産宣告を受け、保佐人 E が選任されたからとい

って、そのことだけを理由にして、AB間の委任契約の当然終了、Bの代理権の当然消滅を肯定するのはCとのバランスを失して適当でない。EはCと異なり法定代理人ですらなく、Aの財産について管理権を有していないことが想起されるべきである。いってみれば、Eが選任されたにとどまる場合には、Bがその任にとどまることがいっそう要請されるのである。

以上(a)~(c)にかんがみると、当然持続説をとるのが適当である。実質論として、私はこのように考える。

#### (ロ) 形式論（法律論）

転じて形式論を試みることにしよう。実質論における結論、当然持続説を形式論のレベルにおいて維持できるか、正当化するか。

(a) まず民法653条、111条の文理上、委任者・本人の死亡は委任契約の当然終了事由、代理権の当然消滅事由として明記されているけれども、委任者・本人の禁治産は右事由として挙げられていない。といっても、これだけの説明で終わるのでは、当然持続説を正当化するのではなお弱い。もう少し説明する必要がある。右二カ条は、委任者・本人の禁治産を右事由として挙げていないだけでなく、より進んで、右事由とすることを否定していると解すべきである。というのはこうである。

653条からみていくと、同条は委任者と受任者とをともにまとめて規定していると受け取れるのであるが、こと禁治産に関しては受任者のそれしか挙げていない。111条にしても（その1項参照）、本人と代理人とをともにまとめて規定しておりながら、禁治産に関しては代理人のそれしか挙げていない。角度を変えていい直すなら、委任者・本人および受任者・代理人に共通な事由（委任契約の当然終了事由、代理権の当然消滅事由）は文理上、その趣旨が判明するように規定されており、たとえば死亡がそれである。そのような規定の仕方がとられているところで、禁治産が受任者・代理人についてのみ言及されていて、委任者・本人については言及されていないということは、とりも直さず、禁治産は委任者・本人および受任者・代理人に共通な事由とはしない、委任者・本人の禁治産は委任契約の当然終了事由、代理権の当然消滅事由とはしないという趣旨であると解するのが素直であらう<sup>(26)</sup>（一種の反対解釈というべきか）。

(b) 日本民法の起草者としては、本人の死亡を代理権の当然消滅事由とすることにちゅ

うちよし、本人の死亡によるも代理権は消滅しない旨定める同商法506条の立場が、本来はとられるべきであったと考えていたくらいなのである<sup>(27)</sup>。本人が死亡した場合についてさえそうだとすると、本人が死亡しておらず、禁治産宣告を受けたにすぎないのに、その一事をもって代理権の当然消滅事由と解するのは、起草者の意思にそわないことになろう。規定の解釈にあたって起草者の意思が常にきめ手になるべきだとは私は思わないけれども、起草者の意思に従うことが実質論として適当な解決に導く場合には、それに従うべきであり、問題にしている当面の場合はまさにそういう場合なのである。

(c) 日本民法の起草者の意思といえ、次の事実にも注意すべきである。すなわち、旧民法財産取得編251条3号は「委任者又ハ代理人ノ死亡、破産、無資力若クハ禁治産」(傍点は私による)を代理権の当然消滅事由と規定していた。同規定につきボワソナードは、委任者が禁治産宣告を受けた場合には財産管理権が後見人に移り、委任者は代理人を選任しえず、またその必要もなく、従前の委任・代理は消滅すると説明していた<sup>(28)</sup>。ところが、現行民法の起草過程において、起草者は旧民法の右の立場を採用しない旨を明言したのである<sup>(29)</sup>。その理由は先に実質論(i)(c)において述べたことのほか<sup>(30)</sup>、委任契約を継続させることにした方がかえって当事者にとって便利でもある<sup>(31)</sup>というのであった。加えて起草者としては、当然終了・消滅→Bの応急処理義務履行による財産管理継続→Cの選任、Cによる処理という考え方はとらないことを明言した<sup>(32)</sup>。ここには後見人の財産管理権についての言及がみられないので、ボワソナードに対する十分な反論にはなっていない。しかもかく、653条、111条から委任者・本人の禁治産が外されているのは、そうしようという起草者の意図によるということが、ここにはっきりしたわけである。

また禁治産と死亡とは類似しているところがあるのだから、死亡についてのみ規定を用意しておき、禁治産についてはそれを類推適用すればよいとも、起草者は考えていなかった。起草者によれば死亡と禁治産とは類似しておらず、両者は異なる処遇を受けるべきである。

すなわち、Aが死亡してDが相続した場合には、Bが財産管理を継続することはDの財産に影響する。そのような場合にはDは委任契約を解除すればよいが、そうしないと委任契約は続いていき、Dにとって不都合な結果をひき起こすおそれがある。他方Bにしても、「何処ノ馬ノ骨カ牛ノ骨カ分カラヌ」DをAと同様に「其人ヲ信用スルトカ愛スルトカ云フ義務」はなく、Dのために委任を受ける意思はない。かくしてBDいずれにとっても、

Aの死亡によって委任契約は当然終了すべきである<sup>(33)</sup>。これに対しAが禁治産宣告を受けた場合には、Aは生存しており財産はAの財産である。Aの利益のために委任が履行されると、それはAにおよぶ。委任はAの思ったように履行される。従って「何ヲ苦ンテ其委任ヲ解クノ必要ガアリマセウカ」ということになる<sup>(34)</sup>。それに、CはAのために不利益と判断した場合には委任契約を解除することができる<sup>(35)</sup>。以上のような次第で、死亡と禁治産とは区別して扱うべきである。それにまた、Aの精神能力に問題がなかった間に締結された委任契約が、その後Aが禁治産宣告を受けたからといって、当然に失効するという理由は契約の理論からみてもないのである<sup>(36)</sup>。

以上みてきたところからすると、起草者は明確に当然持続説（BC両種の代理人は並存する）をとっていたわけである。

(d) 代理につき本人行為説をとるなら、代理人は本人の意思の運搬車でしかない、代理人の行為は本人の行為、本人がしていることである、従って、本人がしえなくなった行為は代理人もしえない、いいかえると、代理人がしうる行為は、本人もしえなくてはならないということになろう<sup>(37)</sup>。この立場によれば、本人が禁治産宣告を受けた場合には代理権は当然消滅することになる<sup>(38)</sup>。しかし日本民法は代理人行為説をとっているとみるべきであるから（101条1項）、本人行為説の下では同日に論じられない。代理人行為説の下では、本人自身が精神能力を喪失したためにそもそも意思表示ができず、さらには代理行為の相手方がだれであるか知らなくても、権利能力さえ備えていたら、そして他方において、代理人が意思能力を備え、かつ、代理意思（本人に効果を帰属させる意思）を有するなら、代理行為は成立し、その効果は本人に帰属することになるはずである。従ってこの立場の下では、本人の禁治産は代理権に消長をきたさないというべきである。

起草過程では本人行為説の立場から、当然持続説にたつ原案に対し批判が加えられた。すなわち、本人が自分では行為しえなくなったのに、どうして代理人ができるのか、というわけである<sup>(39)</sup>。これに対し起草委員は、委任者（本人）が自分自身でなしうる能力を有していてこそ受任者（代理人）もなしうるのかということ、法理上はそういうことにはならない、委任者が権利能力までも失ってしまった場合には、代理行為の効果は委任者におよびえないけれども、委任者が行為能力を失っただけであれば、代理権は消滅せず、代理行為の効果は委任者におよぶ。「委任者自分がマダ精神ガ錯乱セズ治産ノ禁ヲ受ケヌ当時ニ於テ与ヘタ其当時ニ於テハ自カラスレバ出来タ其自カラ出来タノヲ都合ニ依テ人ニ委任シタ

其權限ヲ与ヘタ（中略）夫レテ充分デアリマス委任者自カラ行為ヲ為シ得ルトキ、委任者自身ガ自カラ其行為ヲ為ス能力ヲ持ツテ居ラナケレバナラヌト云フコトハ法理上ニ於テハ少シモナイ」と答弁し<sup>(40)</sup>、採決の結果、原案が維持されたのである<sup>(41)</sup>。

イギリスのEPA成立の経緯に接すると、どうしても本人行為説を想起するけれども、日本民法の起草過程において既に同説を正面から受け止めた議論がされ、その結果として当然持続説がとられたことは、当然持続説（さらには代理人行為説）にとって強い支えとなるであろう。

(e) 残る問題は後見人Cが選任されたことをどう解するかである。より具体的にいうと、Cが選任されたならばAの財産についての管理権はすべてCに帰属することになり、ひいてはAB間の委任契約は当然に終了し、Bの代理権も当然に消滅することになるのか。もしそうなるのであれば、禁治産宣告と同時にCが選任されるのが実務の扱いであるから、禁治産宣告がされたならばそれと同時に、Aの財産についての管理権はすべてCに帰属し、ひいては右にいう当然終了、当然消滅を認めるべきだということになるのか。

(i) まず、Aの精神能力に問題がなかった時期に成立したAB間の委任契約が、その後のA側の事情（禁治産宣告、Cの選任というBの関知しない事情）によって——明文の規定もなくして——当然に終了すると解するのは、委任契約といえども契約には相違ないことにかんがみ、はたして適当であろうか<sup>(42)</sup>。

(ii) 次に、既に述べたことであるが（実質論(i)(c)参照）、Aの財産についていえば、Cの任務はAの財産を管理することおよびAの財産に関する法律行為についてAを代理することであって（859条）、Aの総財産の清算をすることではない。Aの総財産の清算をすることが任務であるとしたら、その任務を果たすためにCが財産管理権を一手に収め（専属）、ひいてはAB間の委任契約は当然に終了し、Bの代理権も当然に消滅すると解すべきである。そしてCがもし破産管財人であれば、まさにそう解すべきことになるであろう（破産法7条）。しかしCは破産管財人ではないし、くり返し述べているように、Aの総財産の清算を任務としてもいない。そうだとすると、民法859条（その1項）のような規定が設けられたのみで、他方において破産法7条のように財産管理権の「専属」を明記した規定がない場合には、Cに財産管理権が「専属」とすると解するのはいささか無理ではあるまいか<sup>(43)</sup>。加えてさらに、実際にはあまり生じないとは思うけれども、こうもいえよう。Aがたまたま意思能力を回復している時に法律行為をすれば、後に取り消される可能性を秘め

ているとはいえ、有効というしかあるまい。その限りでは、A 本人もたとえば財産管理行為を有効になしうるわけである。この場合に C が選任されている以上は、A のした行為はそもそも無効である、なぜなら C に財産管理権が「専属」しているから、とはいえまい。もしそういうことが許されるならば、民法 9 条は無意味な規定となってしまふであろう。このようにみえてくると、C が選任されても、C に財産管理権が専属するわけではないというべきである。一歩譲って、C に財産管理権が専属すると解するにしても、(i) の問題が当然にクリアできるのかどうかも疑問である。

以上 (i)(ii) をあわせ考えるなら、C が選任されたことは当然持続説の妨げとはならないというべきである。

結局、実質論、形式論両面から考えてみると、解釈論として当然持続説がとられるべきである。当然持続説をとるからには実益はないだろうが、当然持続する旨予め AB 間で特約してもさしつかえなく、逆に、A が禁治産宣告を受けた場合には当然終了、当然消滅する旨の特約も有効というべきである。

A が禁治産宣告を受けた場合についてさえ、当然持続説をとるのであれば、A が心神喪失の常況にあるが禁治産宣告を受けていない場合、準禁治産宣告を受けた場合、本来なら準禁治産宣告を受けるべきなのにを受けていない場合、そこまではまだっていないけれども、精神能力が減退した場合、以上いずれの場合にも当然持続説がとられるべきことになろう。精神能力が減退ないしは失われた場合に、どの程度まで達すると AB 間の委任契約の当然終了、B の代理権の当然消滅を招くのか、その境目をはっきりさせうるのかという問題も、終始、当然持続説をとるのであれば回避することができる。なお、後見人が選任されても当然持続を妨げないからには、保佐人が選任されたからといって、当然持続を妨げえないこともちろんであろう。もっとも、当然終了・消滅プラス持続特約という立場をとっても、以上と同旨の結果にいたりうるが、そうであれば端的に、当然持続説をとるべきである。

A が B に対して、自分が将来禁治産宣告を受けたならば、その時から財産管理を委任し、代理権を与える（その時はじめて、そしてその時から将来に向かって B は受任者、代理人となる）旨とりきめることも許されると考える。この「無能力因代理権」とでもいうべき代理権については立ち入っている余裕がないので、言及したという程度にとどめておく。

以上(IX)に続いて一言すべきは、当然持続を前提にして、B に対する監督をいかにすべ

きかということである。この問題は次の(4)の冒頭でとりあげる。

#### (4) 法技術の細目

第4に、法技術の細目について。

##### (イ) 世話人(代理人)に対する監督

法技術の細目という観点からみた場合には、世話人(代理人)に対して監督をおよぼすために、3国はいずれも詳細な規定を用意していることがまず注目される。以下、当然持続説との関連においていささか述べておきたい。

同説をとろうと、逆に、当然終了・消滅プラス持続特約という立場をとろうと、Bに対する監督は必要であり、なおざりにはできない<sup>(44)</sup>。そこで、たとえばEPA方式を参考にし、立法によって対処することが考えられ、私としても立法するにこしたことはないと思う。しかし、立法が結実するまではどうすべきか。Aが禁治産宣告を受ければ後見人Cが附され、以後はCがBを監督することができるので、Bに対する監督をいかにするかにつき神経を使う必要はないけれども、禁治産宣告を受けていない段階ではどうすべきか。以下、この場合について考えることにする。ちなみに、理論上は禁治産宣告を申し立てて宣告を受けさせる余地はあるにしても(検察官による申立、7条)、嫌われるなど種々の事情により申し立てられないことを直視すべきであり、本稿ではこの現実を前提とする(右にいう「事情」も一概に非難すべきでないと思う)。

Aの精神能力が減退ないしは失われると、AのBに対する指示その他の監督がおよびえなくなり、Bが権限を濫用してAの財産をそこなうことが起きないとは限らない。この観点からすると、AからBへの権限授与の範囲がきめられていた場合も、また、きめられていなかった場合も、ともに監督の必要はきわめて大きい。権限濫用の問題とは別に、AB間の委任契約が長期のものである場合には、Bにしても、当初きめられていた権限を超えて行為をする必要が生じてくることもあろう。しかしそうかといって、その場合にBがほしのままに行為することを許されるというのでは、それこそAの財産がそこなわれる危険性が大きい。

右に述べた利益状況は、不在者が財産管理人(代理人)を選任した後に、生死不明にたちいった場合に類似する。立法的措置が講じられるまでは、右の場合について用意されている民法の規定(26~29条)を類推適用してはどうであろうか。これらの規定にいう「生

死不明」に相当するのが「精神能力の減退ないしは喪失」であり、Aがそのような状態にいたっているかどうかは、利害関係人（たとえば推定相続人）または検察官の請求により、家庭裁判所が判断することになる。その他、たとえばBを改任する必要の有無についても同様である（26条）。立法にいたるまでの当座のしのぎは、これらの規定の類推適用を介した家庭裁判所の監督にまつしかあるまい。Bが自治体等の公的機関の場合にも、やはり同様に、家庭裁判所の監督を受けるべきものであろう。右にいう公的機関の実態にもよるけれども、公的機関だからすなわち除外する<sup>(45)</sup>というのではなく、大事をとって、家庭裁判所の監督がおよぶことにしておくのが適当であろう。

#### (ロ) 世話人（代理人）の数

次に、成年後見制度を日本において整備するにさいしては、世話人（代理人）は1人に限るなどときめこんでしまわないで、複数も認められることにして、被世話人の種々の事情に応じうるようにすべきである。たとえば、財産管理はB<sub>1</sub>に、身上監護はB<sub>2</sub>にとり、甲地所在の財産の管理はPに、遠隔の乙地所在の財産の管理はQにというように、それぞれ最適の人をあてうるように立法すべきである。後見人を1人に限ること（843条）については起草委員は当初から賛成していなかった。しかし結局、「1人」に限ることにきまったのであった。世話人（代理人）を単数にするか複数にするかについてはそれぞれ長短あり、いずれかに限定するのは適当でない。複数に<sup>しうる</sup>というルールをきめておいて、実際にどちらにするかは臨機にきめるのが最も適当であろう。右の長短について立ち入ることは省略して先に進むことにする<sup>(46)</sup>。

#### (ハ) 世話人（代理人）は自然人に限るか

続いて、同じく成年後見制度を日本において整備するにさいしては、世話人（代理人）には自然人以外の者（法人その他の団体）もなることができると定めることの是非も、検討されてしかるべきである。財産管理の事務処理そのもの、身上監護そのものにあたるのはもとより自然人（法人その他の団体の場合にはその職員）であるが、法主体としての世話人（代理人）は自然人以外の者でもよいのではないかというのである。世話人（代理人）たりうる「自然人以外の者」の資格要件、それに対する監督、職員1人の担当を許される被世話人の数の上限などをよろしく規制するならば、特段の弊害はあるまい。自然人個人

が世話人（代理人）なのではなくて「自然人以外の者」が世話人（代理人）であるということから、当初担当の職員個人が都合悪くなった場合にも、その「自然人以外の者」が責任をもって代わりの職員を迅速に派遣することになり、被世話人してみるとその限りにおいて便利である。ここにはその「自然人以外の者」が常に、職員を余裕をもって用意していることが前提となるのではあるが、よろしくなお検討すべきであろう。

#### (二) 取引の相手方の保護

さらに、世話人（代理人）・被世話人と取引する相手方の保護いかんという問題を——いかに「自己決定の尊重」に傾斜すべきだということにしても——やはり重視すべきである。最低限度、「必要品契約」は当事者の意思能力の有無・程度いかんをとわないで有効とする旨を規定する必要があるだろう。以下、表見代理の問題についてふれておく。

世話人（代理人）と取引する相手方の保護については、表見代理の適用が問題になろう。世話人と被世話人との関係が任意代理型（イギリス EPA 方式を想起されたい）として立法されようと、法定代理型（ドイツ、オーストリアを想起されたい）として立法されようと、それらの両型それぞれが他方の型の性格、色合いを帯び、純粹の任意代理、法定代理とはいえなくなるであろう。そのような場合に表見代理は適用されうるのか。表見代理は任意代理にも法定代理にも適用されうるというのであれば肯定の答をすることになろうが、近時の有力説のように（私もこれを支持する）、表見代理は任意代理には適用されうるが法定代理には適用されないと説く<sup>(47)</sup>のであれば、どう答えるべきか。相手方を保護する旨の規定を設ければ、それによることになる。そのような規定を設けなければ、解釈によって対処するしかない。その場合には、一般的レベルでは任意代理というべき、あるいはそういえないもない型の代理であっても、表見代理の観点からは法定代理であると解し、従って表見代理は適用されないと解すべきであろう（法律概念の相対性の一場合といえよう<sup>(48)</sup>）。その実質的根拠は次に述べるところと同様と解してよいであろう。

以上は立法がされた場合のことを念頭においているが、立法がされないうで終始、解釈論で対処する場合（当然持続説によるのであれ、当然終了・消滅プラス持続特約によるのであれ問わない）にも、同様の問題がある。

当然持続説をとると前提し、かつ、A の精神能力が減退したが禁治産宣告は受けていないとも前提して考えてみよう。そもそも A が B に委任した代理権を与えたのだから、後に

Aの精神能力が減退するにいたって家庭裁判所がBに監督をおよぼすようになった（民法26～29条の類推適用、この点については先に述べた）からといって、任意代理には相違ない、少なくとも任意代理性は失われていないといえそうである。しかし、任意代理のそもその目的（存在理由）いかに立ち戻って考えてみると、私的自治の拡張ということが挙げられる。つまり精神能力に問題のない者Aがその活動範囲を拡張する手段としてBを用いるのである。これに対し法定代理の目的（存在理由）は私的自治の補充ということ、つまり行為能力のない者（その実質は精神能力に問題がある者）の精神能力を補充して、その者を保護することである。これらのことを念頭においてみると、Bは当初はまさに任意代理人であったが、Aの精神能力が減退するにつれて——右に挙げた法定代理の目的（存在理由）にかんがみ——実質上は法定代理人に転化したといえよう。BはAの活動範囲を拡張するための手段どころではもはやなく、精神能力が衰え自分自身では判断に十全を期しえなくなったAを助けて（Aに代わって）財産管理をとりしきるのである（これはまさに私的自治の補充ではないか）。BはAによって任せられ代理権を与えられたという点では任意代理人ではあるが、右にみたように実質上、法定代理人に転化したのであり、そのような転化いい直せば実質上の法定代理人Bをえるにいたったことについて、Aの帰責事由はないのである。特にAが高齢者という場合を考えると、人間だれしも年をとると精神能力が減退してくるのであり、そのことをもって帰責事由にあたるといわれてはたまらない。そのうえ、今やA自身には実質上の法定代理人Bを監督することを期待するのは無理であって、AがBの監督を充分にしていなかったから、Bのした行為にもとづいて不利益を負わされても仕方ない、そうなってもやむをえないだけの帰責事由がAにはあるのだ、とはいえないであろう。

さてここで表見代理の適用の可否に転ずると、表見代理の観点からは実質上の法定代理人B、実質上の法定代理も「法定代理人」「法定代理」にあたる（法律概念の相対性）、従って、これには表見代理は適用されないというか、さらに一步を進めていうなら、法定代理の目的（存在理由）に適合する以上は、当初だれがどのような内容の権限を与えたかという由来は問題でなく、今となってはBは名実ともに法定代理人に転化した、名実ともに法定代理に切り換えられたと解し、従って、表見代理に独自の意味（法律概念の相対性）を考察するまでもなく、単純に、法定代理には表見代理は適用されないと説明すればたりる<sup>(49)</sup>。ここまで踏みきるのは大胆にすぎるかも知れないが、ここではいろいろな考え方を

提示してみて広く御教示をえられれば、ということで述べておくことにした。

#### (ホ) 精神能力の程度の公示方法

被世話人と直接に取引する相手方の保護については、その者が被世話人の精神能力の程度（どのような種類の法律行為なら単独で完全にしうるのか）を知りうるルートを考察する必要がある。プライバシー保護との関係もあり、考察するといってもなかなかむづかしい。戸籍の記載の仕方を工夫して、表向きはわからないようにしておき、ただ原簿（そこに精神能力の程度が記してある）にたどりつける程度の手がかりを戸籍上残しておくやり方も考えうるけれども<sup>(50)</sup>、戸籍の記載が人々に嫌われている結果、禁治産・準禁治産宣告申立が容易にはされないという実情にてらすと、戸籍の記載とはかかわりないやり方を模索した方がよくはないか。たとえば、高齢者の住所を管轄する家庭裁判所に原簿（その名称は暗いイメージを伴わないもの、たとえば「シルバー・ブック」とでもすべきである）を備えつけ、高齢者と直接取引にはいろいろとする者は閲覧の必要性を疎明すれば閲覧しうることにするのはどうか。原簿には精神能力の程度を明記し（いつの時点で判断されたかをも明記し）、現在の世話人の氏名、同連絡先にもおよぶべきである。世話人に選任された者は被世話人の精神能力の程度に常時気をつけていて、比較的短い期間において医師の診断さらには家庭裁判所による精神能力の程度についての判定を受けさせるよう配慮し、原簿の記載をアップ・トゥ・デートに保つようにする義務を負わされるべきである。その義務が怠られていたとしても、現在の世話人と連絡がとれるなら、取引にはいろいろとする者にとっては確実度が増すことになろう（究極的には、危ないと思えば取引しないことになろう）。

あるいは簡便な方法として、市町村などの自治体が広く高齢者を対象にカードを発行し、そのカードには持病名、主治医の氏名、同連絡先のほか、精神能力の程度、現在の世話人の氏名、同連絡先（これらは原簿記載と連動・符合しているべきである）が記載されていることにする。このカードでは精神能力の程度についての情報部分は暗証になっていて、本人および世話人以外の何びとといえども解読しえず、解読装置を備えた市町村、家庭裁判所においてのみ解読しうる、このカードを提示しないと本人は原則として治療を受けられないことにして、事実上カードの携帯を強制する。以上のような方式を採用すれば、本人と取引にはいろいろとする者はカードの提示を本人に求め、念のため、そこで判明した世

話人と連絡をとり、その結果、当人の精神能力の程度がはっきりすればそれでよく、なおはっきりしないところがある場合には、当人または世話人を同道して市町村役場にでかけ、そこで精神能力の程度を知ることができ、家庭裁判所まで行く必要はない<sup>(51)</sup>。

右に述べたことは私がさしあたって考えてみたことにすぎない。今後、広く御教示を受け、さらに考えてみたい。

### 3 特殊問題の研究から受ける示唆

最後に、特殊問題を扱う論文から、少なくとも私が受ける示唆について簡単にふれ、本論集を終えることにする。

浜田論文についていえば——ドイツ法における目的意識の明確な、そしてそれに対応した詳細な規定に接すると、日本法でも規制をより厳しくしてはどうかと思う。日本法の下でも老人ホーム契約に対する規制のあり方について工夫が重ねられてきており、それはそれなりに前進と評価することにやぶさかではないけれども、高齢者を一方の当事者とする契約、それも老人ホーム契約のような重要な契約（生活の基盤をなし、ひとつまちがうと取り返しのつかないダメージを与える）については、いやがうえにも規制を厳しくすべきではないだろうか。老人ホーム設置者を会員とする協会を設立し、その協会を通じて、老人ホーム契約につき自主的規制を行うという趣旨は大変よいことではあるが、問題を起こすような老人ホーム設置者はえてして人會しないであろう。だれか犠牲者が出るのを待つはじめて強制加入方式に切り換えるようなことにならなければよいがと、ひそかに私は危惧している。入居一時金、保証金返還請求権の保全措置にしても、老人ホーム設置者の財産に対する最優先順位の先取特権を認め、抵当権等の担保物権にまさる効力を立法によって保証すべきではあるまいか。老人ホーム契約は公法、私法両面にわたり、私法面では倒産の局面にまでわたって大きな課題を残しているというべきである。

最後に天野論文についていえば——この論稿では現行日本法の下で、高齢化社会において銀行が直面する問題が、範囲を限定してにせよ、具体的に提示されており、その結果私としては、代理の基礎理論（本人行為説、代理人行為説等）を再検討する必要は全くないのかどうか、任意代理人と法定代理人との権限分配の関係はどうか、任意代理人を監督する方法をいかにすべきかという問題が一刻も早く検討されねばならないことを痛感する次第であるが、これはひとり私だけにとどまるものではあるまい。

(1) 本報告書拙稿(はしがき)の末尾でふれているヨーロッパでの見聞のさい、ブリストル大学法学部助教授デーヴィス(Davis)氏から聴取したところによる。

(2) この点も注(1)と同じくヨーロッパでの見聞のさい、ドイツはフランクフルトの Amtsgericht の裁判官パウアー(Bauer)氏から聴取したところによる。同氏は裁判官の負担が増えること、ひいては増員が必要になることが、予算面ともかかわる大問題であり、これまでは同裁判所には後見関係の担当裁判官が3名配属されていたが、新法が成立したことにより7名にまで増やす必要がある旨述べた。

(3) この点も注(1)と同じくヨーロッパでの見聞のさい、南サザンプトン大学の老人学の教授ホール(Hall)氏が強調したところである。同氏によれば、イギリスではロイヤーはドクターに信頼を寄せており、両者の連係には問題はないとのことであった。

(4) 「狂人保護院に閉じ込めて家父長制の支配下におき、理性と狂気を分割する」というわけである。フーコー『狂気の歴史』田村俣訳[新潮社、昭和50年]501頁以下参照。なお同訳者による[あとがき]、同書615頁も参照されたい。隔離・閉じ込めの思想はプラトン『法律』第11巻、13に既にみられた。森進一=池田美恵=加米彰俊共訳[岩波書店、昭和51年]706頁参照。

(5) 精神障害者の側に立って『狂気の歴史』(注(4)参照)を著わしたフーコーの思想、「狂人もまたわれわれと同じ人間である」があるいは影響しているのかも知れない。フーコーの精神医学史上の位置づけについては神谷美恵子「最近の精神医学史」同『精神医学研究1』[みすず書房、昭和56年]236~237頁参照。

(6) この点につき新井論文のIII 1注(3)、および、イギリスではどうして信託方式でなくEPA方式がとられたかについて同論文のIII 3を参照されたい。ほかにミュラー=フライエンフェルス「英米の代理法とヨーロッパ代理法の乖理と接近の諸相」(一)奥田昌道訳、法学論叢121巻1号(昭和62年)11頁、および新井誠『財産管理制度と民法・信託法』[有斐閣、平成2年]167頁参照。

(7) イギリスについては新井論文のII 1(2)、ドイツについては同論文のII 2(2)、およびオーストリアについては岡論文のII(1)参照。

(8) 本報告書新井論文のIII 1参照。同論文はイギリス、ドイツを念頭においているものであるが、オーストリア法を加えてみても、両型の相互接近、融合現象といえることに変わりはないであろう。

(9) イギリス、ドイツにつき新井論文のIII 4参照。もっとも、オーストリア法においては学説が分かれていることにつき岡論文のIII 3参照。

(10) イギリスについて本報告書新井論文のII 1(3)(信託銀行が代理人になっている件数が掲げられている)、ドイツについて同論文のII 2(2)参照。もっとも、オーストリア法においては世話人になれるのは自然人に限られると解されているようである、岡論文のIII 3注(3)参照。しかし、オーストリア法よりも後に成立したドイツ法の方が、より新しい考え方を体現しているとみうるのではあるまいか。

(11) イギリスについて新井論文のIII 5、オーストリアについて岡論文のIV 5参照。

(12) 新井論文のIII 5 参照。

(13) 注(2)所掲のバウアー氏も経済活動にリスクが伴うのは当然のことで、これから取引する当の相手はどういう人物かよくみきわめてから取引に入るようにしたらよい、新法は高齢者と取引する相手方よりも高齢者の保護を優先したと語っていた。

(14) 画一・硬直な現行制度を改めて多様性に富み、かつ、柔軟な制度を新設すべきことは既に鈴木ハツヨ「私法的観点からみた老人の財産管理」家族＜社会と法＞4号（昭和63年）57頁に説かれていた。その他浪費者を準禁治産者に含ませることの問題性の指摘にも、傾聴すべきものがある（同55頁）。ちなみに、多様性に富み、かつ、柔軟な制度の新設が必要なのは成年後見の領域ばかりではない。身分法の領域では親権喪失宣告制度（834条）が今やその最たるものである。画一・硬直の典型がこの制度にみられることにつき、今日においてはほぼ一致がみられる。

(15) 梅謙次郎発言『法典調査会民法審査会議事速記録』（商事法務版13）（昭和63年）281頁下段。2項によりどのような行為を追加するか、その後にさらにどのような行為を追加するか、追加を全部または一部取り消すかどうかは、その人の精神能力を吟味して裁判官がきめる。同『民法総則』（信山社復刻版）（平成2年）567頁、573～574頁参照。

(16) 浪費者を準禁治産者に含めることについては、起草の過程において強い反対論が出されていたことを指摘しておこう。すなわち、「浪費者ト云フノヲ削ツテ貰ヒタイ（中略）何ウモ熟考ノ上ニ於テ益ガナイ利害相半バサルモノデアル成程理屈ノ上カラ云フト一寸直イ様デアリマスガ（中略）元來之ハ当リ前ノ人間デ唯ダ金ヲ使ヒ過ギルト云フ丈ケデアルノニ法律ガ干渉シテ所謂馬鹿物ヲ利口ニスルト云フ事ハ出来ナイ之ハ無用ナ事デアラウト思ヒマス」、山田喜之助発言『法典調査会民法総会議事速記録』（商事法務版12）（昭和63年）141頁上段～下段参照。高齢の浪費者に対する処遇として、一定の裁判手続を経て、財産処分能力を奪うべきことをプラトンは既に説いていた、注(4)所掲訳書693頁参照。

(17) 岡村輝彦発言・注(16)所掲速記録148頁下段。

(18) 注(16)所掲速記録151～155頁。

(19) たとえば「新築、改築」などは「非常ニ大キナ事ハ知りマセヌガ普通是等ノ事ハ制限スルニハ及ブマイ」「是等ハ自己ニ責任ヲ負ハセテモ宜イ」、末松謙澄発言・注(16)所掲速記録151頁下段。

(20) 本文において「とれなくもない」と述べたのは、問題の意見が正面から積極的に12条1項の制限を外すことを認めよという趣旨のものではなく、ただ、その発言の趣旨から推せば、本文で述べたように「とれなくもない」からである。しかし、禁止・その拡張一点張りの意見とは基調が異なるようにみえるので紹介しておくことにした。詳細については菊池武夫発言・注(16)所掲速記録152頁下段～153頁上段を参照されたい。

(21) 加藤一郎発言・家族＜社会と法＞4号（昭和63年）101頁。

(22) 「急迫ノ事情」がある場合には応急処理義務の履行によってAは害されないことになるだろうし、「急迫ノ事情」がない場合には当然終了・消滅と解したところで、「急迫ノ事情」がないからにはAが害されることはまずないであろう。

(23) 富井政章発言『法典調査会民法議事速記録』（商事法務版4）（昭和59年）672頁（その

上段および下段で2度にわたって発言している)。

(24) 富井発言・注(23)所掲速記録同所(ただしその上段)、広中俊雄編著『民法修正案(前3編)の理由書』[有斐閣、昭和62年]624~625頁。

(25) 富井発言・注(23)所掲速記録同所。

(26) 水澤慎「高齢化社会と銀行取引」金融法務事情1198号(昭和63年)5頁、竹下史郎「老人の財産管理とその取引相手方である銀行の注意義務について」家族<社会と法>4号(昭和63年)44頁はいずれも、規定上、委任者・本人の禁治産は委任契約の終了事由、代理権の消滅事由として挙げられていないとのみ述べているが、おそらく、その趣旨は私が本文で述べたのと同趣旨であろう。

(27) 富井発言・注(23)所掲速記録671頁上段~下段は、起草者としては、「余程迷ヒマシク」が、なお種々考えて、「暫ク」は死亡をもって委任契約の当然終了事由、代理権の当然消滅事由としておいた旨述べる。ほかに、同『民法原論』(第1巻、総論)(有斐閣復刻版)(昭和60年)517頁、梅『民法要義』(巻之一、総則編)(有斐閣復刻版)(昭和59年)287~288頁参照。

(28) Boissonade, *Projet de Code Civil Pour L'Empire du Japon*, Tome 3, Tokio, 1888, p. 947.

(29) 富井発言・注(23)所掲速記録671頁下段~672頁上段。

(30) 念のためにいえば、注(24)(25)に対応する本文部分を参照されたい。

(31) 富井発言・注(23)所掲速記録672頁(その上段および下段で2度くり返している)、同発言・広中編著『第九回帝国議会の民法審議』[有斐閣、昭和61年]239頁上段および240頁下段。

(32) 木村格之輔議員が当然終了・消滅を主張し、不都合が起きる場合にはBの応急処理義務履行によって対処すればよいと指摘したのに対し、富井委員は、「第六百五十三条(現行では第654条一米倉)ノ場合ハ一時ノ処分デス、委任契約ガ解ケタ後ニ一時ノ必要処分ヲ命ズル規定デアッテ委任契約ノ履行デハナイ積リデス」と答え(これだけではおそらく答弁としては不足であろう)、結局、採決の結果、木村議員の主張は退けられた。注(31)所掲『民法審議』240頁下段。

(33) 梅発言・注(23)所掲速記録673頁下段。

(34) 梅発言・注(23)所掲速記録673頁下段~674頁上段。

(35) 梅発言・注(23)所掲速記録674頁上段、富井発言・注(31)所掲『民法審議』239頁上段。

(36) 梅発言・注(23)所掲速記録676頁上段はいわく「委任契約カラ生ズル義務ハ是ハ委任契約ガ成立ツト共ニ或ハ直チニ或ハ条件付テ生ジテ居ル(中略)後トカラ新タニ生ズル義務デアアリマセヌ委任契約ト云フ一種ノ契約ヲシタ其ノ契約カラ生ズル当然ノ効力デアリマス夫レハ自分が充分ノ能力ヲ有シテ居ツタノデ未ダ治産ノ禁ヲ受ケナイ前ニ為シタノデアリマス其契約ノ効力ヲ受ケルノハ申スマデモナイコトデアル」と。

(37) 本人行為説の紹介については新井論文のII 1(1)のほか、浜上則雄「代理理論における本人行為説と代理人行為説について(1)」阪大法学26号(昭和33年)38~40頁、遠田新一「任意代理論」同『代理法理論の研究』[有斐閣、昭和59年]60頁、伊藤進「代理の基礎理論——任意代理を中心として——」同『任意代理基礎理論』[成文堂、平成2年]18頁以下、および同「代理の法的構成」同書145頁以下参照。

(38) そのことを前提にして、代理権持続の特約を許して規制しようというのがイギリスのEPAであることというまでもない。新井論文のII 1(2)参照。

(39) 磯部四郎発言・注(23)所掲速記録672頁上段～下段。

(40) 梅発言・注(23)所掲速記録672頁下段～673頁上段。この梅発言に先立ち富井委員は注(23)所掲の磯部発言に対して、「委任者ニ何時マデモ其委任シタ事ヲ自カラ為ス能力ガ無クテハナラヌト云フコトハ是ハ前提判断デアツテ随分法律ノカヲ以テ反対ニ極メヤウト思ヘバ極メテ差支ナイト思ヒマス」と答えた(注(23)所掲速記録672頁下段)。この答弁がいささか歯切れが悪かったのを梅委員が引き取って、「富井君ノ言ハレタ如ク仮リニ法理ニ背イテ居ツタトシタ所ガ法律ニ極メレバ決シテ差支ナイ」と述べるかわら、別に法理にも背いていないとして、本文で述べた趣旨のことを詳細に論じた(梅委員のこの部分の発言は、一気にまくしたてることの標本という感がする)。起草者が代理人行為説をとっていたことについては、たとえば富井発言『法典調査会民法議事速記録』(商事法務版1)(昭和58年)12頁下段、42頁下段参照。

(41) 注(23)所掲速記録のうちの前者680頁上段。

(42) この点につき富井発言・注(23)所掲速記録672頁上段「一旦人ニ委任ヲシテ信用シタ以上ハ[禁治産になったからといって]モウ取消サナイト云フ方ニ推定ヲシナケレバナラヌ」、および、ひとたび成立し効力を生じた委任契約が、後に委任者が禁治産宣告を受けたからといって当然に失効することになるべきではない旨述べた梅発言(これについては注(36)参照)が参考になる。

(43) 我妻栄『債権各論』(中巻2)[岩波書店、昭和37年]697頁、注釈民法(新版)(16)[有斐閣、平成元年]296頁(明石三郎執筆)。もっとも、いずれにも理由が挙げられていない。当然視されているのであろう。

(44) Bに対する監督を履行あらしめる工夫につき新井・注(6)所掲書157頁、163～164頁を参照されたい。

(45) これを示唆するものとして、新井・注(6)所掲書163～164頁。これはこれでひとつの解決策ではあるが、私としては家庭裁判所が関与する余地を残しておきたい。

(46) 新井・注(6)所掲書164頁は、複数代理人の相互監視機能を指摘する。複数代理人にはそのような長所があるが、代理権行使の仕方をどうきめるかによっては迅速に行為しにくいという短所を伴うであろう。よく長短をみきわめ、事前に細かくとりきめるしかあるまい。後見人の複数性を許すべしという議論については梅発言『法典調査会民法議事速記録』(商事法務版6)(昭和59年)884頁上段～886頁下段、同「後見人の数(民法人事篇第162条)(法典批評)」法学協会雑誌12巻5号(明治27年)432～434頁参照。これらの議論は未成年者の後見人を念頭においているけれども、成年者の後見人についても参考になる考え方を多く含んでいる。その内容を紹介することは省略する。

(47) たとえば四宮和夫『民法総則』(第4版)[弘文堂、昭和61年]263頁。

(48) 四宮・注(47)所掲書268頁注(8)末尾参照。

(49) 問題は、当初は任意代理であったのがいつから法定代理(実質上それだといおうと、名実ともにそうだといおうと問わない)になるのかである。Aの精神能力が相当程度減退してきて、

Bを監督することは無理だと判断される時からというしかない。Bと取引する者Fは取引時点におけるAの精神能力の程度にまで気をつかって、医師の鑑定などを受ける必要がある。このように、FがBと取引する時に問題の代理が法定代理になっていたのであれば、FはBに権限あると思ったことについてたとえ「善意無過失」「正当理由」がある場合にも、法定代理には表見代理が適用されないということでFは救済されない。しかし、問題の代理は任意代理だと解して表見代理が適用されうるといっても、Fが「善意無過失」「正当理由」の要件をみたしたと確信をもつためには、A側の事情をも調べる必要がある。精神能力の減退した高齢者の代理人が本人の監督が衰えたのにつけこんで勝手なことをすることは十分ありうるので、本人側の事情（特に本人の精神能力の程度）を調べる必要がある。高齢化社会になればなるほど、このことは強く要請されてくるであろう。こう考えてくると、法定代理になることを認める立場でも、あくまで任意代理であるとする立場でも、FがAの精神能力の程度を調べねばならないことには変わりはない。そしてAの精神能力の程度いかんは医師の鑑定によるが、最終的には裁判官の判断にかかるというしかない。いずれの立場をとってもFにとって危険は大きい。立法論としては、Aの精神能力の程度を迅速に判定し、その判定は相当の程度において裁判官を拘束するというような鑑定所を設置すべきであろう。表見代理の問題を離れて考えても、人の精神能力の程度に応じて処遇するというのであれば、この種の鑑定所を設置することが必要になるであろう。ということは、医師の世界と司法の世界とのシステムティックな関係関係を早急に確立する必要があるということである。

(50) 鈴木発言・家族〈社会と法〉4号（昭和63年）101頁。民法起草過程では登記による公示が原案として示されたのに対し、新聞「公告」にせよという修正案が出され、それでは関係のない人々にまで知らせることになって適当でないといわれ、原案が維持された経緯がある。「登記」が「戸籍」に変わった曲折までは私にはわからない。注(15)所掲速記録272～276頁、注(16)所掲速記録130～134頁参照。

(51) 詳細は今のところ把握していないが、島根県出雲市が65歳以上の高齢者を対象に配布を予定している「出雲市総合福祉カード」がきわめて示唆的である。この詳細を教えていただいたうえで再度考えてみたい。岩国哲人『男が決断する時——国際金融界から出雲市長へ』[PHP研究所 平成2年] 154頁参照。

●事務局メモ

本報告書は、ジュリスト972特集「成年後見制度の検討」を執筆者が一部加筆、修正したものを再編集いたしました。

(禁無断転載)

(非売品)

平成3年12月24日印刷

平成3年12月24日発行

高齢者財産管理に関する法制の研究(Ⅰ)

—成年後見制度の検討—

報 告 書

発 行 財団法人 トラスト60

東京都中央区八重洲2-3-1

住友信託銀行八重洲ビル内

Tel. 03-3286-8100 (代表)

印刷：(株) ディグ