

Trust Sixty Foundation

〔講演〕

高齢化社会における財産管理制度

—成年後見制度の制定をめざして—

東京大学教授 米倉 明

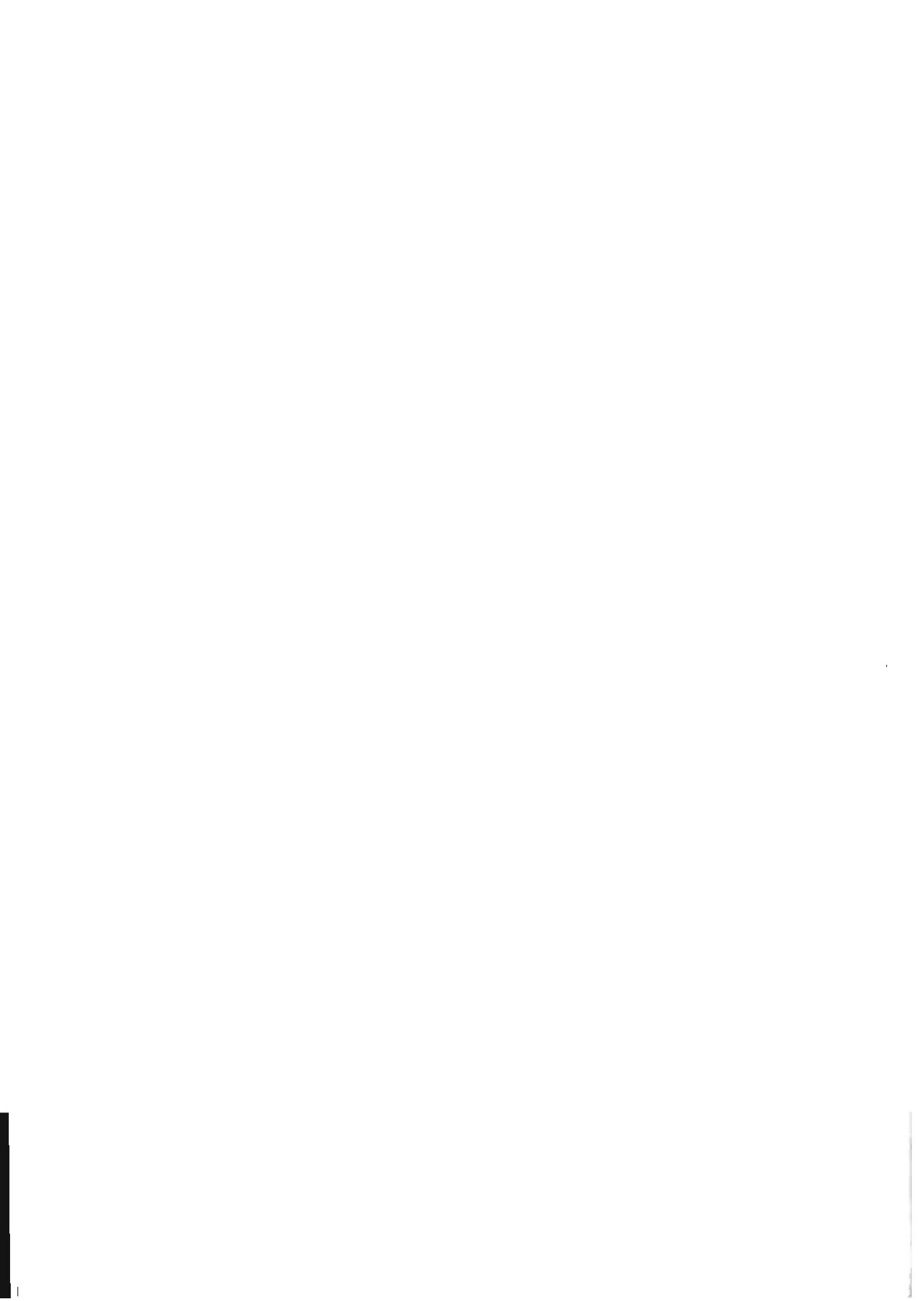
トラス60研究叢書

平成7年1月

財団法人 トラス60



平成6年11月15日 於経団連会館 ルビールーム



近年、意思能力の衰えた高齢者による高額な取引にともなってトラブルが発生したり、一人暮らしの高齢者が貴重な財産を詐取されるなど、高齢者の財産管理を巡って様々な問題が起きています。

こうした意思能力の衰えた高齢者などを保護する制度として現在は禁治産、準禁治産制度がありますが、これらの制度は戸籍に記載されたり、行為能力を画一的に制限されるなどの理由から、十分に利用されているとは言えません。

そこで、今後ますます急増する高齢者の財産管理や身上監護上のいろいろな問題を円滑に解決していくために利用しやすい新しい成年後見制度を制定する必要があるとの声が高まっています。欧米諸国でも近年順次新たな成年後見制度を制定しています。

当財団ではこの問題について昭和63年に「高齢者財産法学研究会」を設置して、諸外国における成年後見制度の実態や、わが国の国情に合った成年後見制度とは如何なるものか、その中で信託制度はどのような役割を担うことが出来るのかなどについて研究を続けて参りましたが、このたび、同研究会の委員長である東京大学法学部教授 米倉明先生にこれまでの研究成果を踏まえてご講演をお願いしました。本冊子はその時の記録です。

新しい成年後見制度が速やかに制定されることを願うとともに、本冊子が皆様のご参考になれば幸いです。

平成6年12月

財団法人トラスト60

講演要旨

I はじめに

- (1) お話の目的
- (2) 問題意識—制度の不備、時代遅れ
 - ① 自己決定尊重の観点欠落（本人不在）、画一・硬直、パタナリズム過剰
 - ② 財産管理の偏重、身上監護への配慮薄い
 - ③ 人間心理の無視、無神経
 - ④ 専門職活用の観点欠落
 - ⑤ 公による支援という観点欠落（身内の負担過大）
 - ⑥ 任意代理の活用をはばむ制度不備
 - ⑦ 今日既にされている努力に法的裏付をする必要

II 立法にあたって留意すべき点

- (1) 立法の基本的スタンス（理念、精神、哲学、根本方針）
 - ① 自己決定の尊重
 - ② パタナリズムの必要性
 - ③ 運用の要—家庭裁判所、その充実、支援体制作りの必要性
- (2) 立法作業にあたっての方針（法技術の側面について）
 - ① 利用者（対象者）一広く。「要援助者」
 - ② 対象事項—財産管理、身上監護の双方
 - ③ 制度は2本建—任意の制度と法定の制度
 - ④ 立法の所管領域—少なくとも第1段階としては比較的狭く。
要援助者に関する法領域すべてをカバーすることは当面はしない。
 - ⑤ 利用しやすい、利用する気（援助する気）になる制度作りを一
用語、公示方法、スピーディ、低コスト、事態に柔軟対処、本人の意向尊重、単
純システム、無償でなく有償が原則に、援助者も得意の領域を、援助者にも任
期・一時交代制を。
 - ⑥ 既存制度との連続性尊重

(図1) 制度の利用者(対象者)

		要 援 助			
		A段階	B段階	C段階	死亡
		健全	保佐 (審判)	後見 (審判)	
精神能力 減退者	意思能力	○	同左 ○	同左 ×	
	利害打算能力	○	同左 △	同左 ×	
痴呆、知的障害、精神障害等					
身体障害者	意思能力	○	同左 ○	同左 ○	
	利害打算能力	○	同左 ○	同左 ○	
行為能力		○	△ 被保佐人	× 被後見人	〔△、×には伸縮 回復ある〕
援助者		×	保佐人	後見人	〔A段階には 保全処分あり〕

(図2) 制度構成の見取図



III 任意の制度（事前的措置）

(1) 信託制度の利用—財産管理。身上監護との兼併も可か。

P R 必要、小額財産については公的受託者の新設を。

(2) 持続的代理権（要援助者の固有の制度）

① 利用者（授権者）

② 対象事項 財産管理と身上監護

③ 財産管理 処分を含む決定権限（事実行為としての管理行為とは別）

(i) 代理人欠格

(ii) 授権の方式

(iii) 授権の内容

(iv) 権限濫用の規制—家裁への登録、職権による監督、重要財産の処分に事前許可

（複数代理人による相互監視、代理人を監督するための任意代理人、任意代理人センターによる代理人監督）

(v) 代理人の数、共同行使型、権限分担型

(vi) 法人も可、営利非営利問わず、自治体・国も可

(vii) 公示方法

(viii) 権限調整問題—(イ)代理人相互間 (ロ)本人と代理人の間 (ハ)代理人と後見人
の間

(ix) 死後持続代理権（略）

④ 身上監護 医療関係上のそれ、その他一般的なそれ（いずれにしても決定権
限。事実行為としての身上監護行為とは別）

(i) 授権の方式

(ii) 権限濫用の規制—特に医療関係上の身上監護については条文上重大事項を明
記して、事前に家裁の許可必要とする。

（例 延命装置の取り外しにつき医師に同意を与える）

IV 法定の制度（事後的措置）

(1) 不在者制度の利用一過渡期での利用か

(2) 広義の後見（後見と保佐）

- ① 利用者（対象者） 未成年者、浪費者の取扱い
- ② 制度適用の基本原則、必要性、補充性
- ③ A段階は援助外
- ④ 対象事項 財産管理と身上監護

(3) 保 佐

① 財産管理

(i) 被保佐人の行為能力

(ii) 保佐人の権限

(iii) 保佐申立権者

(iv) 保佐審判手続

(v) 保佐人—自然人、法人、自治体、国、配偶者必然？

複数、権限分担、有償性、欠格事由、任期制・一時交代制

辞任、解任

(vi) 終了の審判

(vii) 公示方法

② 身上監護 特に医療関係上の身上監護についてはⅢ(2)④(ii)参照。被保佐人には相当の能力がある以上、身上監護について保佐が必要なかどうか。

(4) 後 見

① 財産管理

(i) 被後見人の行為能力

(ii) 後見人の権限

(iii) 後見申立権者

(iv) 後見審判手続

(v) 後見人—「保佐」の項参照（上記IV(3)(v))、義務、監督

(vi) 終了の審判

(vii) 公示方法

② 身上監護—III(2)④(ii)参照

V 結びに代えて

① 解釈論の必要性

② 若干の解釈論

はじめに

それではさっそく始めます。レジュメ（講演要旨）がお手元に2枚配られているはずでございます。ページが打ってありまして、1ページから4ページまで合計2枚、それをご確認いただきたいと思います（本冊子では、2頁～6頁に収録）。

今日のお話の目的は、主として立法論を試みるということでございます。外国法の研究は、対象国も広く、最近では英米独仏はもとより、もっとずっと広く進められておりまして、その中身もかなり実態まで踏み込んだ研究がなされております。さらにそれどころではなくて、最近ではわが国の法律をどう直すかという試案まで公にされている方もおられる段階であります。

したがって、ここでいまさらドイツはこうなっております、フランスはこうなっておりますというお話をしてみたところではしょうがない段階で、それよりは日本で立法がされるとすればどういう方向での立法がされるべきだろうか、私個人としてはどう考えているのかということをお話して、ご批判を仰ぐのが適切であろう、こう考えました。

今日は日本法でこうしたらいいのではなかろうかと申しますけれども、何しろ難しい問題ですので、完全に詰め切って、自信を持ってお話しているわけではございません。多々詰め残した問題を、そのままにして皆さまの前でお話することになります。あとで若干の時間が余ると思いますから、そのときにご遠慮なく、こうしたらどうだ、この点はどう思っているか、こういうもっといい考え方があるということをお聞かせいただければ幸いです。

お話の前提として、2ページの「(図1) 制度の利用者(対象者)」をご覧ください。そこに書いてあることを確認しておきたいと思えます。つまり、まず未成年者を別にして、対象は精神能力減退者、もっと詳しく言いますと痴呆、知的障害、精神障害、その他書いてありませんけれども、薬物障害、アルコール中毒などで精神能力が減退して、事務処理に援助が必要な人です。

それのみならず、そこに「身体障害者」と書いてございますけれども、この意味は、たとえば身体障害の結果麻痺に陥って、その結果意思表示が困難で、事務処理に援助が必要な人です。これをそのまま表現しては長たらしいですから、今日のお話では「身体障害者」と略称させていただきます。身体障害者は精神能力はしっかりしていて減退してはいないのですけれども、そういう身体障害の結果、意思の疎通を欠く。極端な場合は、家族

の中のごく特定の一人ぐらいしかわからないという状態に陥っていらっしゃる方で、やはり放置しておけない、援助が必要な方です。こういう人々を併せて、今日のお話では要援助者（援助を必要とする方）と呼ばさせていただきます。

こういう人、最近はやりの言葉で言い換えれば自己決定を妨げられている人が、たとえば近親の手厚い保護のもとでちゃんと生活しているのなら、別に法律が世話を焼く必要はないと思います。しかし今日、そうは言っておれない人が増えてまいりまして、やはり問題が浮上してきたということでございます。

まとめていきますと、事務処理について何らかの援助が必要な人に対して私法上、どういう処遇をすべきか、今や立法すべき段階ではないだろうか、私は立法に着手する段階に来ていると思っております。

そこでこれより以下、だいたいこのレジюмеに沿ってお話いたしますが、今日ご出席の方々の名簿を拝見させていただきましたところ、何もいまさら一から説明をする必要のない方ばかり、私よりもずっと詳しいことをご存じの方ばかりとお見受けいたしましたので、レジюмеに沿って、これを逐一全部ご説明することはやめます。だいたい、そんなことをやっていたら時間が足りません。

そこに問題意識とありますが（レジюме I (2)）、一口で言えば現存の制度は不備であり時代遅れだということで、それを分析したのが①から⑦までです。それらは、ご覧いただくといずれもピンと来られることばかりだろうと思います。しかし、ここにこういうことが書いてあるけれども、これはピンと来なかった、どういう意味なのだというご疑問があれば、あとの質問の時間にご遠慮なくお聞きいただきたいと思います。ここの「問題意識」は省略いたします。要するに制度の不備であり、時代遅れだということです。

ただちに「II 立法にあたって留意すべき点」に入っております。ここでは立法の基本的なスタンスと立法作業にあたっての、もう少し法技術的な側面についての留意点を分けて書いておきました。「立法の基本的スタンス」というのはおおげさですけども、一応確認はしておきたいと思えます。

だれのための、何のための制度かということ、できるだけしっかり意識してかかる必要があると思えます。「できるだけ」というのは、あとで申しますように、どうしても1本のプリンシプルで一貫することはできないわけです。早く言えば妥協せざるを得ないところも出てまいりますが、それは仕方がないとして、それにしてもできるだけ何のための

制度かという意識をしっかりと持って、その意識に沿った制度を作ることが必要だと思います。

たとえば、およそ保佐人と言うからには代理権や取消権はないはずだとか、およそ後见人なるものはこういうものだとか、そういう伝統的な概念に拘泥してしまうと困ります。むしろ逆で、そういう人にどういう権限を与えるのが要援助者の自己決定やその保護の必要にとって望ましいかという観点から考えて、必要とあれば遠慮なく伝統的概念を作り替える。そういう態度で臨むべきだろうと思います。

あとはレジユメのとおりですが、まず自己決定の尊重です（II(1)①）。これは本人がしたいこと、あるいはできることは自分でしてもらおう。要援助者だから、この人については行為能力を制限したり剥奪したりするという現行法みたいなわけにはいかない。そういうことには直結しないということを確認する必要があります。

もっとも、こういうことをどう制度化するかは別の話になります。要援助者だからといって行為能力の制限、剥奪はしない。それはそれでよいのですが、それをどう実現するかには二通りの道があります。ドイツ法的に、いきなり、やはり行為能力はあるという大前提を置いてしまって、ただ一定の場合には制限、剥奪をいたしますとするか。それともそうではなくて、一応こういう人については行為能力の制限、剥奪があるとしておいて、しかしその人の能力を具体的に調べて、あるときは制限を緩める、回復とするか。

結論的には、結局似たようなところに到達するのですが、どちらのコースを採るかは立法技術の問題であります。どちらのコースを採ろうが、それは一向にかまわないと思います。要は、結論的に行為能力の制限、剥奪とは直結しないということが大事だろうと思います。

自己決定に関連して申しておくべきは、自己決定が法定の制度に優先すべきだということです。たとえば任意代理人を選任して援助していただくことに決めたというのなら、そちらでやっていけばいいのであって、法定の制度はそのあと、任意代理でカバーしきれないところに出てくればいい。これは補充性の原則と言われて、ご存じのところですよ。

任意代理人の選任もしていない、そんな手は何も打っていなかったとなれば、直ちに法定の制度が適用になるのかというと、そうではなくて、その人の置かれた環境などを調べてみて、家族の手厚い援助のもとに、何の不自由もなくしっかりやっていただけるというのなら、法定の制度で後见人や保佐人をぜひ立てなければいけないというよけいなお世話を

する必要はない。つまり必要性の原則です。以上二つの原則を確認しておきたいと思いません。

それから自己決定についてやはり確認しておくべきことは、本人の意思の尊重が大事だということです。周りの人々、家族、特に家族の意向にあまりに気を使うのはやめておいたほうがいい。つまりこれからは、本人の意思にフィットしないのに、家族がこう言っているから、家族の思惑がこうだからということばかりに気を使うのは、ほどほどに抑えておかないといけなだろう。あまりそれをやりますと、自己決定でなくなってしまいます。従来、特に日本では、ともするとそういうことになりがちだったので、そこは強調しておく必要があると思います。

自己決定の尊重のところでもう一つ最後に確認しておきたいのは、これから立法される制度が自己決定を援助する制度だということになりますと、制度上そのことを、あるいはそのことだけを表面に出すのがよろしいということです。つまり、精神医学上の用語は使わないほうがいいと思います。精神錯乱、心神喪失、あるいは心神耗弱、そういう言葉は使わない。

精神医学上どうであろうが、法律としては事務処理につき援助が必要ということが決め手である。精神医学と連動していると、精神医学のほうで定義を変えると民法のほうも変えるのかということになってしまいます。そのこと自体いちいち迅速には対応できませんので厄介ですし、いままで使い古してきた精神医学上の用語は、ご存じのようにとかく差別助長、スティグマを伴いますので、この際やめたほうがいい。

それから精神医学のほうから言わせれば、これも法律上の処遇と切れたほうがいい。医学は医学で独自に判断をするので、禁治産宣告が下りないことには精神病院に収容できないなどと言われたら医師は困るわけです。そういうことは関係ない。だから法学と医学とは、お互いに緊密な連絡は取るけれども、それぞれ独立の道を行きましょう。これはフランス民法の行き方ですが、そういうことを確認しておく必要があるだろうと思います。

次にパタナリズムの必要性と書いてあります (II (1)②)。これは大事なことです。自己決定の尊重ばかり言っておりますと、パタナリズムは一切ごめんだということになりますけれども、だれが考えても、それは無理な話です。精神障害の程度が高くなってまいりますと、自己決定しようと思ってもしようがないわけです。どうしても最後は保護色が濃くなり、それは仕方がないことです。

ただ、それでもできるだけ自己決定にそうようにする。本人の意向を確かめて、それがわかったらそれにそうように凶ることは当然ですけれども、パタナリズムは一切ごめんだということは、だいたい現実的ではありません。したがって、パタナリズムも必要だということになるわけです。

結局、自己決定とパタナリズム、あるいは家族の意向などのその他の要素とも調整をする必要があります。きめ細かく調整をすることが現実的で、また、そうせざるを得ないと思います。

立法はおよそ妥協であると言って、あっさり初めからそういうことばかりやればいいのかという安易なものではありません。当面の問題は問題自体が1本のプリンシプルを貫徹して片付くというほど簡単ではなく、複雑できめ細かな配慮が必要な問題ですから、やむなく一見いろいろなプリンシプルがごちゃまぜになって妥協し合っているように見える。結果的にそうなるのであって、それはやむを得ない。そう考えるべきだろうと思います。

第3番目に、運用の要は家庭裁判所だと書いてあります(II(1)③)。私は、これは全くそのとおりだと思います。やはり手続き運用の最終決定権限、あるいは責任者は家庭裁判所の裁判官です。人の能力を場合によっては剥奪するという重大な問題についての責任をだれが取るかと言われたら、やはり家庭裁判所の裁判官にやっていただくことになるだろうと思います。

しかしそうすると、家裁はどうしても充実しなければやっていけないわけで、早い話が人員を大幅に増やすことをぜひやっていただかなければいけないと思います。人の能力にかかわる問題を、たやすく他の機関に全部外注するという乱暴なことをやっていただいたのでは非常に危ないわけです。

したがって、どうしても裁判官にしっかりやっていただかなければなりませんから、裁判官を増やすよりしょうがない。家裁の中にもいろいろな事件がありますから、成年後見ばかりやっているわけにはいかないでしょうけれども、成年後見も極めて大事ですから、専門部を作る、他のケースはやらす集中してそれだけやるというようにしていただかないと、これはやっていけない。

もちろん、いろいろな権限を分類して、どうあっても裁判官自身が自らやらなければいけないものと、だれか手助けしてくれる人に任せてもいいという事項のふり分けをして、そこは能率よくやる工夫が必要だと思います。しかし、ともかく人員を増やすことが

いちばん大事だろうと思います。

それから人々が、もっと近距離のところに家裁があるという感じを持つようにならないといけません。家裁に行かなければいけないのにとんでもない遠いところで、また敷居が高くしょうがないというのでは困るわけです。だから支部、出張所をどんどん増やすことが必要だろう。

さらに裁判所、裁判官が本人のほうに出向いて行って、直接会って、その意向を聞いて、面接もしてということがぜひ必要です。すでに迎えているわけですが、これからの高齢化社会では、ますますそういうことが必要になって、従来のように当事者が裁判所に来るのが当たり前で、こちらから出かけてやるのはよくよくの場合だということを言っている間は合わないと思います。

そうしますと、いくら家裁を充実するといっても限度があります。そこで「支援体制作りの必要性」とそこに書いてございますけれども、支援体制を作らなくてはいけない。一つは医学との関連です。私は能力判定センターと一応呼んでおきますけれども、そういうものがぜひ必要である。そこにお医者さんを登録して、プールしていただいて、必要があれば、電話1本かければすぐそこで能力判定をやっていただける体制を作る必要があります。

他方、法律家との連携も必要です。たとえば言葉はまだあまりなじみがありませんけれども、後見人センターあるいは任意代理人センターといったものを、公的資金を投入してでも作る。いまのように鑑定人を探すのに手間取ってみたり、後見人、保佐人のなり手がいないから四苦八苦して探すということをやっていたのでは間に合わないわけです。

ですからそういうセンター、要するに受け皿を作って、経費は本人が負担するというようにしておく。そういうことになれば後見保険などを開発する必要がありますけれども、ふだんからそういうものを用意する。どうしても無資力の人は仕方ありませんから、国庫が支出して払ってやるよりしょうがない。

そういう体制で、本気になって取り組む段階が来ています。後見人、保佐人にどうしてもなり手が出ないというなら、最後は自治体、あるいは国が自ら後見人、保佐人を引き受けることが必要な時代だろうと思います。

基本的スタンスとしては以上申したことを考えておきまして、それを受けて「立法作業にあたっての方針」に移ります（II(2)）。そのところはずっと読んでいただければ、初

めのうちは特に問題ないと思いますけれども、拾って申します。

「④立法の所管領域」と書いてあります。これはどういうことかと言いますと、第1段階としては、一応民法プロパーのところをまずしっかり固めることが現実的ではないか。つまり、比較的狭い範囲でまずやり出す。しかし、そこはしっかりやる。それからだんだん手を広げていく。それが現実的なやり方で、いっぺんに全部手を広げて、何でもかでも一気に解決しようと思っても、それはとてもできることではありませんし、無理にそうしてみても結果はきわめてできの悪いところに落ちつくだけでしょう。だから、まずしやすいところから始めて、その代りそこだけはしっかりしたものを作るというやり方が採られるべきだろうと思います。「仕事の上手な仕方」(ヒルティ「幸福論」第1部)とはこういうものです。

要援助者にかかわりを持ってくる法領域は、皆さんご存じのように非常に広い。今日のお話でも、次のことは省いております。つまり、公法上の資格制限をどうするか。刑事責任はどうか。民法の不法行為責任はどうか。婚姻などの身分行為はどうか。扶養はどうか。死後の財産管理についても委任、代理などが絡んできます。遺言を含む相続、いわゆる嫁の相続分、寄与分はどうか。老人ホーム契約の規制はどうか。さらに精神保健法との整合性はどうか。そういったいろいろな問題がありまして、それを何から何まで一挙に片付けようなんてことは、とても無理な話です。

問題の所在はだんだんわかってきておりますけれども、一挙にやろうというのは無理なので、まずやりやすいところからやっていく。ただし遊んではいけないのでして、一つ片付いたら次をやるという体制が必要ではないかと思えます。

⑤は、利用しやすい、利用する気(援助する気)になる制度作りをしなければいけないということです。これもほとんど省略してよろしいのですけれども、一言、二言申しますと、何といっても用語に注意しなければなりません。言うまでもなく、無能力者、禁治産者、準禁治産者という言葉は、どう見ても適当な言葉とは言えないと思います。差別用語で、屈辱的な感じが付きまとっているよくない言葉であります。

私は、「世話人」という言葉もあまり感心しておりません。世話人よりも少し重みのある言葉を使ったほうがいい。世話人というのは、どうも家畜の世話みたいなことを連想してよくない。もう少しディグニティを持った言葉を使わないといけません。

そうしますと、「保佐人」、「後見人」というのは案外いいのではないかという気がいたします。偉い人を保佐する、後見する、これくらいディグニティのある用語はないので、これを使う。私は、使うものは使うという主義ですから、世話人よりは保佐人、後見人という言葉を使っていったらどうかと思います。もちろんその権限、内容は、いまとだいぶ変えていきますけれども、そういうつもりでおります。

それから⑤にはいろいろなことが書いてありまして、後の方に「単純システム」と書いてあります。つまり、屋上屋を重ねないほうが良いということです。たとえば任意代理人を監督するために、そのための任意代理人を選任するとか、法定代理人を設けるということが提案されているのですけれども、そういうものを設けると、それをさらに監督するために家裁が必要ということになってまいります。そういう屋上屋を重ねるよりは、監督するなら監督するで家裁が直接コントロールしたほうが良いのではないかと思います。

それから、任意代理を利用させるにしても、その方式をあまり厳格にすると、とてもわずらわしくてそんなものは使えないということになりますから、ほどほどのところで止めておくという心掛けも必要だろうと思います。

まだあります。フランス民法などを見ると、後見事務を行うのに家族会を設けて、その議長には後見判事がなるとということが書いてありますけれども、それではとても重々し過ぎます。天皇陛下のご一家ならまだしも、一般の国民にはそんなことは必要ない。よほどの大資産家しかそういうことはやる気になるまいと思います。その上に「家族会」というイメージも、戦前の親族会みたいなものを思い出してよろしくありませんので、そういうものは作らないほうがいだろうと思っております。

さらに「無償でなく有償が原則」ということも当然です。人情としていくらいいことか知らないけれども、ただ働きをさせて当然だということとはよくありません。もっとも、直近の親族はどうかと思いますけれども、それ以外の少し離れた親族であれば、いくら親族といえどもただはよくない。援助は費用がかかって当たり前だということを、立法ではつきりうたっておく必要があると思います。

大事なことは、「⑥既存制度との連続性尊重」です。これについては三点申したい。第一に、良かれ悪しかれ100年ほど存続してきた現行制度、禁治産、準禁治産は、もともとフランス民法からきました。あるいは現行民法12条はフランス民法を受けたベルギー草案から由来しているのですけれども、100年ほど存続してきたその制度を、この際一挙に変

えるのも悪くはない。人心一新を図るのも立派な政策でありますから、悪いとは思いませんけれども、もう一つのやり方、つまり現行制度はいろいろ至らない、時代遅れになっているところがあるけれども、それならそれを直してという行き方もまた捨てがたい。

だから差別、屈辱的用語、名称、これはやめるといたしましても、100年間使ってきて慣れた思考の枠組みを維持しながらというほうが、一般の人々にしても、法律家にしても、特に法律家のメンタリティは保守的で、革命を好まず漸進的な変革を好みます。それはそうです。判例によって次第次第に変えていく思考形態に慣れているのですから、一挙にどんでん返しをやる思考タイプではない。徐々に直していくというメンタリティが法律家特有のメンタリティで、それは一種の長所だと思います（法的安定性の維持）。そういうわけですので、かなりドラスチックな手直しをやるにしても、現存制度に手直しを加えるほうが受け容れられやすい面があるだろうという気がいたします。

2 ページ（図1）で言うと要援助の中のB段階のところですが、保佐を要する人の行為能力について、本人の残存能力を顧慮して行為能力を伸縮するということが既に説かれています。私はそれに賛成ですけれども、それならそれで、ただのっけにそう言わないで、現行民法12条1項に並んでいる1号から9号までを一応掲げておいて、これを出発点にして、これに伸縮を加えるほうがわかりやすくはないだろうか。残存能力次第に応じていくらでも伸縮自在にすると言うけれども、その目安は何かということになると、12条1項を基準にして、これに足したり減らしたりすると言ったほうがわかりやすいのではないか。

こう言いますと、外国法をおやりになった方はすぐピンと来るとは思いますけれども、これはフランス方式のことを考えているのだらうとお受け取りになると思います。それは全くそのとおりで、私はフランス民法から来た伝統、いきさつもあるし、良かれ悪しかれ過去100年も続いてきたので、大枠のところはできるだけ維持しておいて、中身を変えるほうがいいのではないかと考えているわけです。

第二に、既存の制度においてはとかく家族、親族が前面に出てきておりました。たとえば禁治産宣告の申立権者の中に4親等内の親族などと、かなり広く入ってくるわけです（民法7条）。新しい制度においては本人の自己決定が眼目ですし、パタナリズムも入ってくると先に申しましたが、その場合における「保護」といっても、それはあくまで本人の保護です。これが眼目であります。そういう点は確かにそうですが、その眼目を実現し、それもなるべくスムーズに実現するにあたって、家族のサイコロジーを全く無視するのは

現実的でない。

やはりしかるべく顧慮する。この「しかるべく」が人によってだいぶ違うのですが、私はミニマムというところでいいと思います。つまり、あまり家族の意向ばかり伺っていたのでは、本人の自己決定にならないからよくない。また「保護」といいつつ、本人のそれだけでなく家族のそれになってしまいかねない。さればと言って、日本の今の社会で、家族などはオールシャットアウトだ、本人がいいと言っているのだからそれで何が悪い、本人さえ保護すればよいのであって、家族の保護などは問題外のことだといいつつ済むのだろうか。そう思いますので、少しは家族の意向も入るような条文構成が必要ではあるまいかと思っております。

それから第三に申し上げたいことは、外国法、外国の制度に学ぶことは無論です。外国法を学ぶというのは、外国の社会的実験を観察して、ああやればうまくいく、こうやれば失敗すると、ある種の実験結果を借りてきているようなものです。日本社会でもろに実験はできませんので、よそさまで実験をやっていたいただいたのなら、それを借用してみるのはいへんいいことです。大いに利用する必要があるわけです。

しかし、そこには取捨選択が必要です。論語にいう「損益する所あるべし」であります(為政第二)。日本の既存の制度でもしかるべくやれるというのなら、何も直す必要はなく、それでいいではないかということになります。たとえばフランス方式がいいと思っただとしても、だからそのままというわけにはいかない。

たとえばフランスでは検察官というのが出てまいりまして、成年後見制度でかなりの役割を果たしていますけれども、日本で検察官にそんなに期待していいかということについては、私は相当疑問です。あとで申しますように、私は検察官は願ひ下げにしたいと思っております。これは機能しないと見込んでいるからです。

2 ページの図にはA段階というところがあります。フランス民法の成年後見では、このA段階を裁判所の保護といい、あるいは司法救助と訳している人もいます。A段階で、すでに要援助の制度の傘の下に入れるという仕組みになっております。しかしよく考えると、それは日本では必要ないだろう。日本ではそれに代わる制度があるので、フランスが司法救助という制度を用いてA段階ですでに制度の網の目をかぶせたからといって、何もわざわざ日本がそのとおりやる必要はない。それはいずれあとで申し上げます。

それからまた、フランスでは浪費者をも要援助者の中に取り込んでいますが、私は、浪

費者はこの成年後見制度から出て行ってもらう、よそへ行ってもらうということをあとで申し上げます。そういうふうには、外国がそうだからといって、別にそのとおりやる必要はないわけです。すでに日本で制度があって十分やれるというのなら、それでやればいい。浪費者を要援助者に取り込むということは、成年後見制度を純粹化する意味ではあまり適当でない。したがって、これはやめてもらおうと思います。

制度構成

さて、これだけを前置きといたします。あまりいつまでも前置きばかりやっていますと、今日ご列席の皆さま方があくびをなさいますので、本論に入ります。2ページの図の下のほうを見ていただきたいと思います。「(図2) 制度構成の見取り図」です。見取り図というほどおおげさなものではありませんが、任意の制度、法定の制度と大きく分けて、任意の制度の中がまた二つに分かれ、法定のほうも同様であります。

それぞれのところを見ると、まず既存制度の利用、信託制度というのがあります。もちろんこれは大事な制度ですが、その下に固有の制度創設というのがありまして、本命はまさに固有の制度創設のところにあります。任意の制度は、まだ自分の意識がしっかりしているうちに手を打っておこうということで、事前的措置です。これは新井教授などが言っておられますが、たいへんいい言葉だと思います。

まさにそのとおりなのですが、それだったら信託制度を利用して財産管理をやったらいだらうということは十分言えるわけです。ただこれは、全くの健常者が、健常期間中だけでももちろん利用できるわけで、何も要援助者に固有の制度ではないわけです。

その意味から言うと、まさに既存制度を要援助者向けに利用、転用する。確かに信託という有力な武器、すでに信託法という制度があるので、この武器を使ってやることは十分可能です。これを使えば、委託者が在宅であろうが入院していようが関係ないし、委託者が能力喪失しようが、あるいは死亡しても関係がないということになりますので、財産管理には甚だ適当である。

条文もかなりそろっておりまして、受託者をコントロールする条文もいくつかあるわけです。今日は信託の話までは及ばませんが、いかんせん日本では、どうも信託のPRが不足であります。その一つは、PRというよりも、おそらく抵抗があるのです。信託ということになりますとどうしても受託者に所有権の名義が移ることになりますから、そ

このところの詳しい説明、所有権は移るけれどもそれは何をやってもいい所有権ではなくて、信託とはこういうものだという説明、PRがまだ不足していると思います。

それから、信託は小額の財産では採算が合わないのではないか、やはりかなりの資産家でないと使えないのではないかということも言われております。これにはもっともな点があります。したがって、小額財産については公的な受託者という制度を作ることも、知恵としては考えられるわけです。

さらに、信託は財産管理には向いているけれども、いくら何でも身上監護は無理だろうということも一応言えます。しかしこれは、身上監護の意味次第です。受託者がみずからおむつを取り替えねばならないと言い出したら、これはなじまないのではないかと思います。けれども、「身上監護」とは身上監護の決定権限である、こうしなさい、ああしなさいときめ、かつ、そのきめたことを実行すべくいろいろアレンジする権限に過ぎない、たとえばC段階の人について、午後には必ず入浴させることにきめる、入浴させるについてヘルパーさんを探してきてとりきめる、つまり実際に労働することとは別だということになりますと、たとえば営利法人である信託銀行でも、身上監護をするときはこの程度の基準をそろえよというルールを法律で作って、その基準を満たせば、身上監護ができるという道も開き得るのではないかと思います。ちなみに、身上監護と財産管理の境界も実は微妙でして、今申したヘルパーさんを探してきてとりきめる、これは有償契約の締結といえるでしょうが、こうなるともはや財産管理といえるかも知れません。両者の境界づけをはっきり定められるのかどうかについては、私の研究不足でして、今日はこれ以上申しあげられません。

持続的代理権

信託はその程度にしまして、本命である持続的代理権のほうにまいると思います。つまり、まだ頭がしっかりしていて健康なうちに、自分も遠からず意思能力を失いそうだが、判断力が危なくなる時期が来る、現に自分の近親者の中にもそういう人が出ている、自分はその世話でさんざん苦勞した、そういう身につまされたような話が出てまいりますと、自分がしっかりしているうちに、「要援助状態になったときには、あなたを信用していますから、どうぞ代理で財産管理をやってください」という話になる。これは、委任をして代理権を与えることになります。

そのメリットは非常にあります。いまは3ページに入っているのですけれども、保佐や後見よりもシンプルな手続きで始められますし、戸籍の記載もない。ただ、デメリットもあります。これは要するに、人を信用して「お願いします」と言って、その後自分がコントロールできなくなってしまうので、悪い人に引っかかると途方もない目に遭うことになります。

いくら自己決定だとは言いながら、少しは法律でブレーキをかける必要があるわけです。自己決定だといいますと、100%いいことばかりではなくて、人物を見損なうと何をやられるかわからないことになるわけです。しかし、自己決定を言う以上はある程度は覚悟せざるを得ないというのは、私の持論です。自分が見込んだ人が悪い人だったら、これは自分に人物を見る目がなかったもので、それは仕方がない。

したがって、やりたいことをやっておいて、リスクだけは完全にゼロにしてくれと言われても、それは無理です。やはりこれには、ある程度リスクが伴う。しかし立法するからには、それで放っておくというのは非常識な話で、コントロールできなくなった段階で、いろいろと法律が手を打って、できるだけリスクをミニマムにするということは、当然あってしかるべきだろうと思います。

そこでまず、レジユメの財産管理のほうにまいります(Ⅲ(2)③)。そこに断っておりまじょうように、財産管理は、ここでは処分を含むという広義で使っております。それからもう一つ、決定権限だということが書いてあります。たとえば、庭の草むしりを代理人自身が実際にやるという事実行為をすることは限りません。これは、やりたければ代理人自身が草をむしっても一向にかまわないのですけれども、そうではなくて、ここで言っているのは、草むしりをして庭の価値を保存しようということで、人を雇って草むしりをやらせよう契約をする権限、アレンジをする権限、これを財産管理の権限と呼んでいるわけです。

そうしますと、まず、いかなる人を代理人に頼むかという問題が出てきます。人さまの財産を管理する、場合によっては処分をしてもいいというのですから、それを「契約自由だから、あなたが好き勝手にこれだと思う人に頼めばいいでしょう」と野放しにしておくのは、あまり適当ではないということになってきます。ある程度欠格事由が必要ではないか、少し絞る必要があるのではないかということ、ここで言いたいわけです。

いかに絞るかというわけですが、たとえばすでに要援助下にある人(被保佐人、被後見

人になっている人)を頼んで代理人にするのは無理であろう。それから破産者、あるいは未成年者は適当ではない。もっとも民法102条には、代理人は無能力者でもよろしいと書いてありますけれども、それには前提があります。あくまで本人は健常者で、代理人をしっかりコントロールできるという前提のもとにそういうことを言っているわけです。

いまわれわれが扱っている局面は、そうではありません。意思能力がなくなってコントロールができなくなってしまったという事態を考えますと、102条で代理人は無能力者でけっこうだという条文があるのだからいいではないかと、そんなに簡単には、もちろん言えないわけです。

理想的には任意代理人センターをこしらえて、そこに代理人を審査する委員会でも作って、他方では代理人候補者を登録させておいてというようなことを考える必要がある。つまり代理人を選ぼうと思っても、どういう人が立派な方で、安心して頼れる方かわからないというのでは困るわけですから、ぜひそういうセンターが必要ではないかと思っております。つまり、欠格事由をどう絞るかということをもっと考えなければいけないと思います。

次が授権の方式です。授権するにあたっていちばん問題なのは、精神能力がなければいけないことです。そこでどうしても、医師による鑑定が欠かせないと思います。最低限度授権の意味がわかってやっているのか。授権すると、自分の財産にどういう効果が及んでくるのかがわかっているのか。

それは、だいたい行為能力ぐらいのところだと思うのですが、その判定を勝手に、まちまちにやっていたのではたまらない。ですから、これも能力判定センターというものをごしらえて、精神医学のお医者さん、あるいは法律家が共同でタッチして判定することがぜひ必要だろうと思います。

そうした上で、公正証書を作るのがいちばん望ましいと思います。その際、証人が必要なのか。何人ぐらい必要なのか。証人の欠格事由が必要なのか。そうすると、どうしても遺言のことを思い出すのですが、そういうことをきめ細かく決めておく必要があると思います。

ただ、遺言もそうですけれども、そこをあまり厳重にやりますと、わずらわしくて敬遠されてしまいますから、ほどほどにしておかなければいけないと思います。それから、特に家族の同意が要るかということは問題にしないほうがいいと思います。あるいは、家族

に異議権を認めることは、イギリスなどでもやっていますけれども、成功しているとは必ずしも評価されておられません。このイギリスの実態については新井教授の御研究に教えられるところが大有りまして、皆様、ぜひ御参照ください（同「高齢社会の成年後見法」1994年、有斐閣、76—77ページ）。

家族にそういう権限を認めますと、あれやこれやと異議を申し立ててきて足を引っ張る、思うようにできない、あまり適当でないだろう。そういうのはやめておいたほうがいい。代理権を授与するときに、家族の同意は要らないというべきでしょう。多くの場合には、事実上相談はするでしょう。いい家庭だったら、当然相談なさると思いますけれども、家族の同意権や異議権は認めないほうがいいのではないか。あくまで自己決定でやるのですから、それでしっかりおやりになればいいだろうと思います。

次は授権の内容でございます。これは結局、授権契約の解釈問題に帰着してくるわけです。しかしそう言っているだけではなくて、立法する以上は少し枠を定めておいて、紛争をできるだけ減らすのが知恵というもの。それでもなお解釈問題は残ると思います。

そこで授権の内容としては、どういう事項について、対象物は何だということを特定して、あるいはせめて特定可能性を要求して、はっきり公正証書に書くということをやったほうがいい。

紀元前399年にソクラテスが毒ニンジン（ヘムロック）のジュースを飲んで死んだ。例の有名な事件ですけれども、あのときだんだん体が冷えてきて死ぬ直前でも、まだ意識がしっかりしておりまして、何と言ったかという、高弟のクリトンを呼んで「クリトンよ。アスクレピウスに雄鶏を一羽借りたまま、まだ返していない。だからぜひ返しておいてくれ」、クリトン「承知しました」と答え、それでソクラテスは息絶えているのです（プラトンの名編「パイドン」のラストシーン）。ソクラテスは意識がだいぶ危なくなってきたのですけれども、あれはまさに弁済の委任で、雄鶏1羽をアスクレピウスに返すこととはっきり特定して授権しているわけです。その直後に死んでいるから、法律問題を論じようとするれば、その代理、委任が無効になったかどうかを考えねばなりません。ともかくその情景を妖しいまでに美しく描き出したプラトンの筆力にはただ驚嘆あるのみでありまして、成年後見法を論じようという人は必ず読むべきものでしょう。

そういうふうに、古代から授権の問題はあったのです。はっきり特定していただかないと、あまり茫漠たることを要求されていると、本当は授権の意思がなかったのだろうと

か、解釈ではねられることにもなりかねない。

さらに、いつから代理権の効力が生じるかが大事な問題であります。本人はまだ健常ですけれども、授権時にすでに代理権の効力が生じるというのか、それともそうではなくて、停止条件付き、あるいは不確定期限付きといっていえなくはないと思いますが、要するに要援助状態になったときに、初めて代理権の効力が発生すると定めておくかは大事な問題で、ぜひそれをはっきりさせる必要があります。

しかも要援助状態になったかどうかは極めて微妙ですから、先ほど言った能力判定センターを作って、そこでしっかり証明してもらう体制をぜひ作らないと、この制度は動かないと思います。どうしてもそこが核になるので、公的資金をつぎ込んでも作る必要があります。

それから万一、授権があったことだけは確かですけれども内容が全く不明だったということが出てきたら、そのときは解釈問題になって、民法で言えば、103条の定めている消極的な範囲が授権の範囲であるということになるであろう。それからまた、こういうこともよくあることだと思います。「一切任せる」などという授権の仕方がそれです。無二の信頼をおいてお任せしますというわけです。

余談ですけれども、ホーマーの『オデュッセイ』の中で、トロイ戦争に出征するオデュッセイが妻のペネロップに対して、「これからトロイ戦争に行くけれども、生きて帰るか死んで帰るか、これは危ない。トロイの都市はなかなか強敵だから、おそらく生きて帰れまい。ついてはあとのことを一切頼む」と授権して行った。法律問題に関心のある人になれば、ここで授権行為の解釈問題、さらには死後持続代理権の効力に思いをはせることになりましょう。

いちばん問題なのは、権限濫用をどうやって規制するかです(III(2)③(iv))。任意代理人に対するコントロールが必要で、それには家裁がタッチしなければいけない。本人が置いた財産管理人に対しても、本人のコントロールが及ばなくなったときは、遠慮なく家裁がコントロールすべきである。本人が健常者であるうちは何かとコントロールができますから、本人がしっかりせよ、代理人が遠方で何か画策している気配があるというのなら、こちらから調べに行けばよいし、第三者に調べさせるとかしたらいい。ところが本人が健常でなくなってしまえば、いかんとも手が打てない。それなら法律で何とかしなくてはならない。

この思想はすでに現行民法の中にあります。たとえば民法26条をご覧になると、不在者の置いた財産管理人というのがありますが、本人が置いても、本人がコントロールできなくなったら遠慮なく裁判所が出てくるということになっているのでして、何ら違和感のある考え方ではないわけです。

そこで、これはイギリス流ですけれども、家裁に対してまず任意代理人の選任を登録させます。それから代理権が効力を発生するにあたっては、家裁にそのことを登録させる。それをしないと代理権は効力を生じない、あとは無権代理になるという考え方です。家裁は、そういう登録を手掛かりにしてコントロールする。管理すべき財産の目録を出させて調査する。権限をオーバーすることをどうしてもやらなければいけない必要が生じたら、家裁の許可を要求する。

あるいは家裁が見て、これはよくない代理人だというのなら解任してしまう。首にしてしまう。そういう権限まで認めて差し支えない、また認めるべきだと思います。

こういうことは家裁の職権でやってもいいと思うのですけれども、職権を発動することが必要です。そこで問題なのは、だれが職権発動をお願いするのかということです。一つの考え方は、家族に申立権を与えたらよかろうということですが、どうも感心しません。家族も、とかく財産管理を自分がしようという野心を起こして、いろいろなことを言い出すわけですから、あまり適当でない。

家族も含めて、一般にだれでも家庭裁判所にファックスを入れればいい。そういう体制にして、あとは裁判所が判定する。これはいいかげんな申し立てだ、こんなものは相手にする必要がないと思えば、握りつぶしてしまえばいいし、これは相当責任ある人がしっかり言ってきているということになれば、少し調べてみようかということになると思います。家族に申立「権」を与えて、裁判所をその限りで拘束するというにはしないのがよいと思うのです。

本人が自己決定権を発動して、積極的にこの人に頼んでやっていただきますと言っているのに、家族がああだ、こうだと言ってくるのは適当でないので、それは認めない。そしてどうしても言いたい家族がいたら、それはおのずから自分でやると思います。ですから、それに任せておけばいいのではないか。あの代理人をやめさせてくれ、こんな悪いことをやっているというのなら、その旨をファックスに入れればいい。

ただそれでも、重要財産の処分には家裁の事前許可が必要だということのことは、規

定すべきではないかと思えます。たとえば、現に本人が居住中の不動産を売却するとか、長期の賃貸借契約を結ぶことです。貸すほうは無論ですけれども、借りるほうも長期間借りとなればいろいろな問題が起きてくるのはご存じのとおりで、やはりこれには監督が必要である。そういうことを代理人にさせてしまっているのか、本当に必要があるのか、契約内容は大丈夫かということになります。

それから、現に本人が居住中の不動産、敷地も住宅も、その賃借権を解除するなんていうのは非常に危ないことです。それには事前に許可が必要とすべきであろう。もっとあると思うのですけれども、今日のところはその程度思っています。もっと大事なことがあるというお考えであれば、あとでご指摘いただければ、私もありがたいと思っております。

それからカッコの中に書いてありますが、複数代理人による相互監視、あるいは問題の任意代理人を監督するための任意代理人を本人が選任しておく。ドイツ民法にはそういうものがあります。確かに一理あるのですけれども、そういうことをやって本当に相互に監視しているのか、あるいは監督用の任意代理人はちゃんと監督しているのかとなると、それをまた監督しなければいけないということになります。そんなわずらわしいことはやめて、やるなら家裁がストレートに監督したほうが、すっきりしているのではないかと思います。

次に代理人の数です。1人でもよろしいが、複数でもいいと定めたい。だから財産管理の中を事項別、対象別に分けて、分担して授権する。それぞれ得意の分野を分担する。不動産の管理ならA信託銀行、それ以外のこと、特に病院の治療費を支出するのはBさんがやればよいというふうに権限分担をする。身上監護でも、一般的な身上監護はBさんが、医療関係上の身上監護については、医師の資格のあるCさんが判断してやったらいいだろう。

それぞれ得手、不得手がありますから、職務分担をしたらいいのではないかと。もちろん分担せずに、すべての事項について二人でやるということを決めてもいいのですけれども、そうすると共同行使だということになるわけです。できるだけ専門分野ごとに自分が得意なことをやったほうが負担も軽くて済むわけですから、そちらのほうがいいのではないかと思います。それは本人がどう定めるかによるわけです。

次に (vi) 「法人も可、営利非営利問わず」と書いてあります。法人にも家裁のコント

ルールがおよぶのはもちろんのことであって、場合によっては、法人（特に営利のそれ）についてはやかましい基準を守れと要求する特別法、規制法を作る必要があるかもしれない。

さらに財産の額の多少を問わず、任意代理人のなり手が見つからないときは、自治体や国が引き受けることも十分考えられるということでもあります。もっとも、こういう場合にはもはや法定の制度しかない、そちらを利用するしかないと割り切るのも十分あり得る考え方であります。私としては後者の考え方をとりたい。

それから、公示方法についてはいろいろな問題がありますが、授権の有無、内容をどこで確かめたらわかるのか。思い切って、公示はいらないという考え方も、あり得ないわけではない。本人の保護が大事なのだから、取引の安全ということは引っ込めて、そこまで言うのは極論ではないかと思えますけれども、公示はいらない、これまでの代理でも公示などはなかった、変なことをやられたら取引の相手方は表見代理で保護したらいいという考え方が出てきます。

しかし、表見代理で保護するといっても、ご存じのように善意無過失を要求されますから、その過失があると言われてはたまりません。過失をなからしめるためには、事前調査をしていかなければいけない。どこへそれを聞きに行ったらいいかという話は、当然出てくる。

そうしますと、家裁がコントロールの必要上、代理人はだれで、その授権内容は何で、いつから効力が発生したかということとはつかんでいるはずですから、家裁に照会すれば、そこで証明書を発行していただける。戸籍にはそんなことは書かない。そういうシステムが必要ではないかと思えます。

それから、こういうふうに言ってくると権限調整の問題が出てまいりまして、いくつかあります（III(2)③(viii)）。第一に、任意代理人相互間の権限調整の問題です。これは授権行為の解釈問題で、だれがどういう権限を持っているかを、できるだけはっきり書いていただければそれでいい。財産管理の代理人相互間、身上監護の代理人相互間、財産管理代理人と身上監護代理人相互間、いろいろあるのですけれども、権限をはっきり書いておけばそれでやればいいわけです。

どうしても権限争いが起きるといふのなら、協議させる。それが不調なら、あるいはそれが不可能なら、最終的には家裁で裁定してやる。そういう体制をととのえる必要がある

だろうと思います。

それから本人と任意代理人の間の権限調整の問題もあり得ます。しかしこんなことは、代理について、いまでもあることです。本人が健常状態にあつて、しかし代理権はすでに効力を生じたという場合を思ってください。また、本人が要援助下にあつて、他方代理権が発生した。しかし本人は、あとから申しますように、なお行為能力がある場合もあります。ですからそうなると、本人も権限を持ち、任意代理人も権限を持つことになりますから、これはまさに権限の競合になります。

そうすると一般的には、権限に基づいて法律行為をした以上、いずれの法律行為も有効として並存することになりそうですけれども（たとえば庭の手入れをしてもらう契約の並存を想定されたい）、日本民法ではご存じのように対抗関係に立つ二重譲渡の問題があります。この場合には対抗要件で勝負をきめるという話になるわけです。そういう解決の仕方になります。

任意代理人と後見人との間はどうなるか。自己決定尊重の考え方なら、立法する場合にも、任意代理人が優先するとなるはずですが。これと同じことを言うことになるのですが、先ほど述べました補充性の原則を立法で採用しますと、任意代理人がたてられている以上は、授權によってカバーされている事項に関しては競合は起きない、その限りでは競合しないことになるわけです。

しかし、補充性の原則を採用する立法はやらないと言い出しますと、それでは権限はそのとき競合するのか、それとも解釈論で補充性の原則というものが言えるのかという問題になります。それはあとで、解釈論のところでお話しいたします。

次に死後持続代理権は省略すると書いてあります（III(2)③(ix)）。それは先ほどの、ソクラテスが死ぬ前の委任みたいなもので、死後持続代理権の問題は古代からあったということになりますが、この問題をやり出すとなかなかたいへんなのです。なぜかという、生きている間は、いくら意思能力がなくなっても権利能力はあるわけです。ところが死亡しますと、当然権利能力がなくなつて、相続の問題が起きます。そうすると、相続人の利害をどう扱うかは、そうたやすく言える問題ではない。

それからもう一つあります。死後持続代理権の問題は、何もわれわれの当面の問題、固有の問題ではない。先ほどから出ているソクラテスの例のように、健常者がいきなり死んだという場合もあり得るわけです。要援助状態になる前に死んだという場合にも、生前の

委任は死後も続くのかという問題がありますから、これはまさに固有の問題ではありません。そのような指摘もすでになされています、それはそれで一理ある。そういう意味もあって、今回はそれには立ち入りません。ただ、高齢化社会が到来して任意代理が多用されるようになる、いきおい死後のこともあわせて頼んでおきたくなくなるだろう。したがって、立法のさいには、死後持続代理権のことまできめておくべきだという考え方は成り立ち得るでしょう。死後持続代理権は、本人の死亡を代理権の消滅事由（民法111条1項1号）にしている趣旨、代理人と相続人の間に信頼関係があるとは当然にはいえないからという趣旨にてらしてみると、たやすく有効視はできず、有効視するとしても限定が必要ではないか。最高裁は民法111条、653条を任意規定と解しているようですが（平成4年9月22日判決 金融法務事情1358号55頁）、なお考えてみる余地がありそうです。相続人の利害を考慮して、確定した債務の弁済に限っては死後も効力を認めるとするなど、類型を分けて考えねばなりませんまい。

次は身上監護の問題です（Ⅲ(2)④）。まず身上監護という概念（コンセプト）をはっきりさせておく必要があります。仮に、これは健康、生命の保持、その他一身上の世話に関する決定権限だという定義をいたします。したがって、毎朝車いすに乗って散歩をするのに付き添って何くれと世話をするというのは別問題で、これは事実行為です。

もちろん、身上監護権限を持っている人が自分でそういうことをやるのは一向にかまいませんけれども、一応それとは別の話です。そこを区別しないと、話がこんがらがるので、それはすっきりさせたほうがいいと思います。

身上監護権限と言いましても、いろいろな内容があります。権限の内容としては法律行為をすることも考えられます。たとえば医療関係についての身上監護権限についてみますと、契約をするわけです。入退院の決定をする。その契約を病院とする。そして、そのときにお金も払わなければいけないというようになってくると、これは財産管理権限と連動してくるわけです。

しかし法律行為までしないで、毎日午後2時から3時まで昼寝をしなさい、散歩もしなさいと、ただ指示する。散歩をさせるにあたって、ボランティアの小学生に車いすを押しってもらうようにアレンジする。これも契約ですが、それに対してお金を払う。こうなってくると、単なる身上監護ではなくて、財産管理と連動してきます。

こういうしだいで、身上監護とはいったい何をイメージしているかを、よくディファレ

ンシエートして議論しないと、こんがらがらる恐れがあります。ですから、これは決定権限なのだということくらいは、せめてははっきりさせたほうがいいと思います。

身上監護権限を授権することは、やはり一種の代理権授与です。代理権という言葉が適当かどうかも実は問題なのですが、便宜的に代理権と言っておきます。授権するときに身上監護をお願いしますというふうに授権しておく。そうするとまた能力の判定が問題になります。この人に、身上監護を授権するだけの能力があったのかどうか。これはまた、例の能力判定センターでやっていただく、また公正証書にもはっきり書いていただくという先ほどの話になります。

身上監護については、複雑な財産管理と違いまして、自分の体がどうなるかくらいのことは相当わかると思うので、利害打算能力を強く要求することはない。それとはむしろレベルの違う話、方向の違う能力だと思います。そういうことで、そこは能力判定センターで慎重に審査、判定していただくことになります。

それで、やはり権限濫用の問題が出てきます。一般的な身上監護については、権限濫用の問題はあまりないと思います。C段階でそれも程度がひどくなった状態の人について、毎日こういうやり方で散歩させる、入浴させるときめるという場合に、そのきめる権限を濫用するとはどういうことか、ちょっとピンときません。これに対して、医療関係上の身上監護は相当問題ですが、医師が間に入りますので、財産管理の場合よりは、代理人の一存であまりでたらめなことをできる態勢にはありません。こういうこともすでに他の方々が御指摘になっています。医師が間に入っていますので、代理権の濫用をあまり心配することもないのではないか、そのところは財産管理と相当違うのではないかと思います。

しかしそれでも危ないですから、重大事項については事前に家裁の許可が必要だということを、はっきり書いておく必要があります。たとえば医師の申出を受けて延命装置の取り外しに同意する。同じく医師の申出を受けて、精神病院に入れることに同意する。精神病院内で治療上必要だからというので、夜中は体をベッドに縛り付けておくということに、簡単に、「はい、はい」と同意していいのか。もっとも、緊急の場合には、家裁に許可を求めておれませんかから、この場合には事後の届出、審査ということになるほかなく、審査の結果、処置が不要、不適切であったと判定された場合には処罰その他のサンクションがかかってくるようにすべきで、またそうするしか方法はありますまい。

それから、在宅療養中の家屋から出て、よそへ転居させる。これは、たとえ本人はまだ

ピンピンしていても、環境が激変いたしますので、ご老体がいきなりそういうことをやられたのでは、健康を害する恐れがあるわけです。そういうことが本当に必要なのかどうか、家裁の審査および許可にかからしめる必要があるだろうと思うわけです。

法定の制度（事後的措置）

次に「法定の制度（事後的措置）」に入ります。一つは2ページの下の見取り図で、その上のほうに既存制度の利用、不在者制度と書いてあります。これは田山教授の唱えておられることで、私もそれに賛成です。

施設に入所して、帰ってくる見込みがないという人の場合には、この制度を活用したらどうかというのが、田山先生のおっしゃっていることです。私も、それはそのとおりだろうと思います。しかも現行の禁治産、準禁治産制度が、戸籍に書かれたり、行為能力を画一的に制限したりして不備でありますから、それを逃れて、不在者という、戸籍にも書かれず、行為能力も制限を受けず、適当な財産管理人をたててやっていただける。そしてその財産管理人を家裁が親切にコントロールしてくださるというのですから、こういう制度を利用しなければさだということになります。もっとも、不在者制度さえ使えば財産管理には本当に大丈夫か、不動産の管理にはいいでしょうが、施設入所後の生活費支弁のための金銭管理などにまで手が及ぶのかなど、問題は残りますが、それにしても有用な制度ではある。

しかるに禁治産、準禁治産制度がある以上はそちらで行けというのは、あまりにもかたくなです。禁治産、準禁治産が立派な制度ならそう言ってもいいのですけれども、いかんせん不備な制度でありますから、そういう不備な制度を何か何でも使えというのは適当でない。

しかし、今後立法によって禁治産、準禁治産制度が使い勝手のいい制度になったという暁には、そういう制度ができた以上そちらでやっていただくことになります。それまでの過渡期は、不在者制度を利用したければさせてもいいのではないかと。レジュメの4ページの上のほうで「過渡期での利用か」と書いてあるのは、そういう意味であります。

広義の後見（後見と保在）

そこで次にまいりまして、「広義の後見（後見と保佐）」です(IV(2))。私は先ほど、後見

と保佐という言葉にはディグニティがあっていいと申しましたが、そういうことでして、これらを何とか残したいと思っています。

まず利用者としては、未成年者を除外する。未成年者についても、言い出すといろいろな問題があるのですけれども、今日は時間の都合上それらは除外しておきます。

問題は浪費者です。早く言えば、浪費者はやめたほうがいい、制度からはずすというのが私の結論であります。ここで浪費者の定義をしなければいけない。ここでいう浪費者とは、精神能力が減退していない浪費者という前提です。フランス民法は、これをも保佐の対象とするという明文の規定を置いているけれども、わが民法としてはそれはやめたほうがいい。

精神能力が減退した結果、財産をめちゃくちゃに使う。もし、そういう人がいるとすれば、それは精神能力減退を理由に処理すればいいことです。精神能力が減退していない浪費者はそもそも成年後見制度の対象外としたい。ちなみに2ページの上の図に書いてある身体障害者は、精神がはっきりしている人だという前提ですから、あまりないと思いますが、こういう人で財産を使う人がいるからといって、「あなたは財産の使いすぎだからやめなさい」ということはないだろうと思います。

「浪費者」は、もともと家産の維持を目的に作った制度であるらしい。数千年前のギリシア・ローマでは家の制度がありまして、社会の単位はもっぱら家でした。家を離れて個人が生きるということは考えられない。したがって、家の財産を使いつぶすのは正気のきたではない、どこか精神がおかしいのだろう、そこで精神錯乱者とみなすとされました。岩波文庫に入っているアリストテレス『アテナイ人の国制』をご覧になると出てきて、そういう制度があるのですけれども、そういうことだったのです。そういう歴史一からすると、これはどう見ても本人の保護ではなくて、家産維持のための制度であったわけです。

しかし今では家産維持というのはどうかと思います。今日では、財産を浪費することで本人が困窮すること自体は、本人が勝手にしたことだから、何も世話を焼いて保護してやる必要はないということになりますけれども、その結果、生活保護に頼るようになる。あるいは、本人は勝手だけれども、さすがの大資産家も完全に没落してしまい（錬金術に夢中になって家産を消費し尽くしたバルザック「絶対の探求」の主人公バルタザールが最適任者でしょう）、本人に扶養されている家族が困窮して、結局生活保護に頼るようになる。

しかし納税者に言わせれば、たまったものではない。つまり税金減らしです。本来しっかりやっていたら税金を使わなくて済むのに、勝手なことをやって、結局最後は「税金でよろしくお願いします」というのはよくない。それは何とかしなければいけないということになってきます。そうすると、どう考えてもこれは本人保護の制度ではない。端的に言えば、国庫の保護、税金を減らされては困るからだということになります。

フランス民法の浪費者の定義は、本人自身困窮の恐れがある、または家族的義務の不履行の恐れがあるということを含んでおります。だからフランス民法では、ただ財産浪費癖があるというだけでは不足なわけです。いくら浪費を繰り返しても財産がいっぱいあって困らなければいいわけですから。ともかく、浪費者を残すにしても、本当は、このくらい定義ははっきり書かないといけないと思います。おそらくわが国の判例は、暗黙のうちにそういうことを考えてやってきていると思いますけれども、条文を置くなら、そこではっきり書いたほうがいい。また考えてみると、浪費癖がなくなっても浪費者たりうるでしょう。ただ1回で全財産を使ってしまうこともありうる。そうすると本人も、家族も困って税金に頼ることになるからです。結局、「浪費癖」は浪費者の要件でなくなりました。

先ほど述べました税金減らしという観点からすると、これは私法の問題ではなくて、公法の問題ではないか。それならそれではっきりさせたほうがいいので、ここだけは検察官が出てきても、私は悪くないと思います。しかも検察官のみが、浪費を理由にして保佐審判の申し立てをする。だから現行13条、そこで7条を準用していますが、浪費者に関しては検察官のみが申立権者になるということに改めてはどうか。税金減らしという、まさに反社会的行動をやっているわけですから、そういうのを抑えるということをやったらどうかと思います。

いやもっと端的に言えば、いっそのこと検察官ですらなくて、租税当局がそういう人のした法律行為を取り消す。保佐人を付けるとか付けないとかを問題にしないで、ちょうど詐欺行為取消みたいなことに相当しますが、そういうことを認める制度を別途作ったほうがいい。そうすることは結局成年後見の領域から外へ出したほうがいいということであり、浪費者のした法律行為を取り消して財産を保全しようとするなら、保佐に付することが絶対必要というわけではなく、今中したような方法も考えられるのではあるまいか。問題が公法の問題であるなら、そのことをしっかり意識して、それなりの制度を工夫して

作るべきである。

それでは家族はどうするのかというと、家族は浪費を理由にしては保佐審判の申し立てはできない。家族がやれることは、せいぜい次のことです。自分が困窮したときに、婚姻費用分担の審判を申し立てる。あるいは離婚して財産分与の審判を申し立てる。扶養義務の履行の審判を申し立てる。こういった申し立てをベースにして、保全処分を発動して(家事審判法15条の三、家事審判規則15条の二以下)、財産を最低限度保全する。

こう申しますと、そんな程度では財産保全に不足だとおっしゃる方がきっとあると思います。しかしよく考えてみると、現行法下で浪費者が保佐人に黙って不動産を処分して、本人が取り消さないと頑張っているとどうなるのか。保佐人は本人のした処分行為を取り消せるのかというと、保佐人は取り消せないというのが通説・判例です。最近では異論も有力ですが、なお学説上通説とまでなっているかは断言できませんし、判例はずいぶん昔の判例ですが、取り消せないというのが判例の立場です。

そうすると、浪費者を準禁治産者に見たところで、あまり実効性がないわけです。さりとて保佐人に取消権を与えるのがいいのかというと、そこが問題です。浪費者というのは、取引打算能力がしっかりある人でして、事務処理に不便だから要援助という人ではありません。自分でしっかりやれる人なのです。その本人が「これでけっこうです」と言っているのに、保佐人があとから出掛けて行って、「あの人のしたことはとりやめだ」と言うのは、本人の自己決定を害すると思います。

そもそも浪費者自身にも取消権を認める必要はないと思うくらいです。ここまで来ればじめて、いわゆる成年後見制度の純粹化が図れます。つまり、こういった混じりものは外に締め出して、制度の性格をすっきりさせることが必要です。

それから判例などを見ていると、取引場裡に出てきたのは浪費者が多い。浪費者をはずしてしまうと、それだけ取引の安全を高めます。ひいては公示の必要もその分だけ減ることになるわけです。20条にある無能力者の詐術規定も、ほとんど要らないことになります。つまり心神耗弱あるいは心神喪失の人は、実際には、めったに取引などはしません。取引するような人で、しかも詐術を用いるような人は未成年者の中のたちの悪い者が浪費者の二つです。未成年者も浪費者もはずすというなら、20条に関しては問題ははかなり減るであろう。そして浪費者自身にも取消権を認めないとすると、20条は未成年者についてだけ残すということになる。

次に、4ページの法定の制度の「②制度適用の基本原則、必要性、補充性」についてですが (IV(2)②)、これは先ほど申しました。必要性というのは、仮に任意の制度を利用していない人がいたとします。任意代理人もたてていなかった、持続的代理権もやっていなかった、それでも何らかの方法で、たとえばその人の家庭環境がよくて、たいへんよく世話をされているというのなら、あえてそこに法定の制度で、後見だ、保佐だとアプライする必要はないというのが必要性の原則です。

補充性の原則というのは、任意の制度を利用している場合にはそちらを優先させて、法定の制度は、任意の制度がカバーしていないところだけカバーしたらいいということです。

続いて「A段階は援助外」とあります (IV(2)③)。A段階というのは、2ページの図の上のほうにあるように、健常者で保佐まで行っていないで、意思能力があり、利害打算能力もある、つまりまだ行為能力があり、権利能力はもちろんあるという人です。

フランスでは裁判上の保護とか司法救助とか言って、この段階の人に行為能力を奪わないで一定の保護を与えています。しかし考えてみると、わが国ではこれは必要ないのではないか。財産管理にしろ、身上監護にしろ、どちらも援助外で本人自身がやれるのですから。どうしても本人が自分でやれなければ、任意の代理人をたててやってもらえばいいことで、あえてそういう制度（フランスの制度）まで取り込む必要はないだろう。

そうしますと、いちばん問題なのは、取引場裡に入ってひどい目に遭う、悪徳業者につけいられて法外な出費をさせられることです。あるいは、そこまでいかななくても、自分で決断を下したのだけれども、ちょっとしたことでカーッとになって、普通ではやるはずのない、途方もないバランスを欠いた無分別なことをやってのける。高齢になると、とかくこういう行動に出がちである。シェイクスピアの『リア王』みたいなものです。末娘コーディアの言い方が簡単すぎたとカーッと腹を立てて、「国を分けてやらない」ということを言ってしまったところから悲劇は始まる。『キング・リア』をお読みになるとわかりますが、あれなんです。そういうこともあるだろう。

しかしそれに対しては、いくらでも民法の手があります。心裡留保、錯誤、詐欺、強迫、あるいは不当威迫 (undue influence)、消費者保護の特別法、さらに一般条項90条、そういったものを持ち出していく。90条の判断の中では、おそらく裁判官はただ単に本人のこと（特に本人の資産額）だけではなくて、取引相手方が善意か悪意か、本人の精神能

力が衰えていることを知っていたか、知っていなかったか、それから問題の取引はいったいどのくらいの額で、本人にとって有益な取引か無益な取引か、つまり全く無駄なものを買わせたかどうかということまで判断してきめているに違いない。そして、こんな取引は認めないほうがいいと思えば、90条違反だという。フランス民法はいま申したような要素を判断して判決せよと書いているのです（同民法491条の二3項）。日本では、実際には同じことをおそらく90条の中でやっていると思います。

それから高齢者取消権を認めよという学説があります。たとえば70歳を過ぎたら、高齢者だということだけで無条件に取り消しを認めよというのですけれども、これはよくありません。未成年者と違いまして、高齢者の場合は個人差が非常に大きいので、そのような画一処理はどう見ても適当でない。残存能力が十分ある方をつかまえて、「あなたは70を超えたから、有無を言わず取り消せますよ」と言うのは、本人の保護にはなるかもしれないけれども、自尊心を傷つけてよくないと思います。プラトンは80歳の時に「法律」という大著をものにしました。そのくらいまだ頭はしっかりしていたのです。もっとも、プラトンにしては劣る部類の作品なのだとおられております（シモーヌ・ド・ボーヴォワール「老い」）。しかし70歳で切られてはプラトンは怒ったでしょう。未成年者の場合は、早晚20歳になるのですから、そのうち解消するわけですけれども、無制限にいつまでも無能力だと扱われたのでは非常によくないと思います。

もう一つ言いたいことは、取引と言え言えるかもしれませんが、財産を取り上げられないように手当てをすることが必要だと思います。たとえば預金通帳の保管は、立法してでも、ぜひやらなければいけないと思います。たとえA段階であっても、B段階、C段階にかなり近い人、このままではこのおじさんは無防備だ、非常に危ないというときには、保佐審判、後見審判の申し立てをして、さっそく保全処分に入って（家事審判規則23条、30条参照）、審判までの間は通帳を財産管理人が保管する。そうしないと、悪い者が出てきて、言葉巧みに通帳を取り上げる。これは新聞にも出ていましたけれども、そういうひどい目に遭うわけです。だから審判をするまでは、やや大きめの網をかぶせておいて、最後には保佐審判、後見審判をして、しかるべき援助者がたてられたとか、通帳保管程度の能力はこの人にあるとか判定されて、この人については大丈夫だということになれば通帳を返せばいい。それまでは用心が必要です。そういう保全処分を活用してやっていけばいいだろうと思います。

そんなことを言っても保佐や後見の審判を申し立てないだろう、現在を見よ、なかなか申し立てされていないのではないかといわれるのはごもっともです。しかしそれは現行制度が悪いからで、それを改めて、もっとやりやすい制度にする。つまり、裁判官の職権でも始まる、あるいは戸籍の記載もない、鑑定のコストも下がって短いうちに鑑定の結果が出る、コストをどうしても払えない人は国庫支出でもカバーする、審判を受けても能力は画一的にはきめない、伸縮自在にする、保佐人、後見人の選任にも本人の意向をくみ上げるということまでやって、申し立てをする気にさせる。そこが大事なことです。

そういう制度を作った上で、保全処分を活用して、いち早く預金通帳や大事なものは財産管理人が保管する、場合によっては貸金庫契約を結んで銀行に預ける、そういうことでかろうじて急場の悪い者に付け込まれることを防ぐことは、立法してでも、ぜひしなければいけないと思います。

保佐

「④対象事項」は飛ばしまして、「(3)保佐」に入ります (IV(3))。まず大事なことは、被保佐人の行為能力です。12条に重要財産行為は保佐人の同意を得てせよ、同意なしでした行為を本人は取り消せるとあります。取消しではなくて無効と言ってしまえという説もありますけれども、無効といっても、その無効は本人側からしか言い出せないということになるのなら、取消しと同じことですから、取消しと言っておけばいいだろうと思います。

家裁の審判によって、被保佐人の行為能力についてはかなり伸縮を自由にする。特に私どもがいま前提している身体障害者の方は、しっかりなさっている方ですから、何も行為能力をあだこうだと、12条1号から9号まで全部奪ったりする必要はないと思います。

それから、たとえば痴呆にかかっている高齢者でも、その方の残存能力をよく調べて、できるだけ残す。一つは、典型的にまず絞ることです。借財はできるけれども大修繕はできないとか、あるいはその逆とか、典型的に決める。元本どころか果実も領収してはいけない人、あるいはもっと具体的に、金何万円未満なら借財もよろしいということを決める。

あるいは、「あなたには不動産の処分は無理です」と一度きめた場合でも、あとで実際に不動産を処分するにあたって、再度申し立てをして、この不動産に限ってはよろしいということを決めてもいい、そういう審判も可能だということで、できるだけ具体的に、細

かくやってもいいのではないかと、認めるべきではないかと思えます。

つまり、行為能力を柔軟化する、画一化ではなくて個別化することです。このように個別化したほうが、かえって取引の安全を増すわけです。画一的に無能力だと言われるよりは、一部無能力、ほとんど大丈夫だと言われたほうが、行為能力ありの部分が広がっているわけですから、かえっていいではないか。そういうことになるわけです。

保佐人の権限としては同意権が与えられますが、被保佐人の行為能力の伸縮に応じて同意権の範囲も当然伸縮する。それから取消権はどうなのかというと、これは認める。なぜかかというと、要保佐まで来ている人については、しかも伸縮を認める制度の下でもなお行為能力を制限されている事項については、本人の取消権はもとより、保佐人の取消権を認めたい。ここで本人とは痴呆、知的障害、精神障害等の方と身体障害者です（図1参照）。浪費者はもう除外しておりまして、残るのは今申した方々ですから、そういう方々が行為能力を制限されている事項について法律行為をしてしまったのを、保佐人が見ていて取り消せないというのは適当ではない。浪費者みたいなものは別だということです。

代理権はどうかということですが、これは相当問題です。私は、本人がしたくない、しないとやっているのに、保佐人が代理で勝手にやって、保佐人は代理権があるからいいんだということは、あまり適当でないと思えます。したがって、代理権は一般的には認めない。

その代わり、代理権が特に必要な社会的需要のある事柄だけに限って認める。たとえば本人の収入の受領、預金の払い戻しの代理権、本人の債務を代わって弁済する、たとえば療養費を病院に払い込む、そういったことは保佐人に代理権が与えられて、保佐人がする、できるとする。

もちろんそれは危ないというのなら、それに対して裁判所の会計監査、あるいはそれもおおげさだというのなら、自治体など公的な機関が監査して、抜き打ちの監査もやる。そういう歯止めをかけて、その限りで保佐人に代理権を与えるというのはどうかと思えます。

それから、財産の保管権限も認めたほうがいい。先ほど言ったように、悪い者に引っかかって通帳を全部取り上げられるというのは適当でないので、保管権限を認めたほうがいいだろうと思えます。それも結局、保佐人を選任する際に家裁が詳しくきめる、そしてあとで変更することもできるということにすべきだろうと思えます。

その次の保佐申立権者にまいます。これは現行民法で言うと13条で7条準用です。そこには配偶者も入ってくるわけですが、配偶者というだけでよろしいのかどうか。あまり適当でないと思います。破綻している婚姻の配偶者ははずすとか、逆に内縁もよろしいとか区別の必要がある。要は本人が要援助状態に入ったかどうかをよく知り得る人であることとして、タイトルにこだわるべきでないからです。破綻している婚姻の配偶者についていえば、多くは長く別居していて本人の実情にうとくなっているでしょうし、仮りに実情をよく知っているとしても、援助しようという気がおそらくないでしょうから、そういう人を申立権者にしないほうがよろしい。

それから4親等内の親族と7条に書いてありますけれども、これは広すぎるので、1親等の血族でたくさんです。4親等というと、兄弟姉妹もむろん入ってまいます。私は兄弟姉妹は信用しておりません。こういうのは財産目当てで何をするかわかりません。もっとも、私には兄弟姉妹がありませんから、こういっても誤解はないと思います（笑）。

ポイントは核家族時代に応じてグッと絞ることです。つまり、家族を申立権者にしておくにしてもギリギリのところまで絞る。日本人の意識では、家族は他人とは少し違うということ、これを全くはずすといろいろ抵抗があるだろうと思います。1親等の血族といいますと親も入ってきますので、核家族とは言いにくいのですけれども、配偶者を持たない人のことも考えて親くらいのところは残しておく。ただ、あまり広くするのはよくないということ絞るわけです。

そして検察官はやめたい。その必要性はあったにもかかわらず100年も使われていなかったのが、いま急に使われるとは考えられません。最近、少数の不心得の方がいろいろな事故を起こしまして、イメージが極めて悪くなってしまいました。そういう怖い人にこういうことをやっていただくのは甚だよくない。信用回復にはあと100年ぐらいかかると思いますので、これは初めからやめておいたほうがいい。公の代表は検察官である必要はなく、これから申し上げる人にやっていただければいい。医師、福祉事務所長、保健所長、こういう人は裁判所の職権発動をうながすように義務づけられる。つまり、通報義務があるときめる。ファックスを入れる義務がある。それから、その他一般の人がだれでも裁判所に通報すればいいということ。

あるいは「すてっぷ」のような機関に通報を集中させる。そこにだけ集中させる。そこでしかるべく吟味なされて、それから裁判所に回すということも、一つの考え方としてあ

り得る。そして最終的には、裁判所が心証を得て、そのときには近親に通知する。あるいは近親の協力を得る。それがいないというなら、福祉関係者の協力を得て呼び出す。場合によっては、裁判官が自ら本人のほうへ医師を連れて出かけていくというかたちでやっていくことになるだろうと思います。

続いて保佐審判の手続ですが、これは民法よりも家事審判法、家事審判規則に入れたらよい。医師の鑑定を必ず経る。ことに本人面接は必ずする。そして本人の意向を聞く。いろいろ不服も言わせなければいけません。大事なのは、本人の意向を聞いてみることです。そうすると、保佐人はぜひこの人にしてほしい、場合によっては、この人だけはおめんこうむるということもあるでしょう。できるだけ本人の意向は尊重すべきものと思います。

もっとも、本人の意向に必ずすべきかは一個の問題です。「保佐人にはどういう人がいいですか」と問うと、「なるべく美人がいい」と答えたからといって、必ず美人を保佐人にしてということは適當か。美人を付けたのではいろいろの面で具合悪いこともあるだろう、特に医療の面でそうなつては困るだろう(笑)。ドイツに行ったときに、こういう話を聞いたことがあります。

ですから本人の福祉の観点から、こういうのはいけないということを裁判所がおきめになればいいだろうと思います。いずれにしろ本人に告知をして、これで不服だというなら、やはり審判に対して不服申立てのチャンスを与える必要があるだろうと思います。

保佐人は自然人か法人か (IV(3)①(v))。私は法人でもいいだろうと思いますし、どうしても手がないなら自治体、国も公的保佐人になってしかるべきだと思います。

現行民法では、配偶者が法定保佐人になっております (847条1項による840条準用)。しかしこういう定め方はよくない。配偶者だからすなわち適當とは限らないので、よく吟味して、本人を援助するのに適当な人ならよろしいが、適當でなければ保佐人とはしないことにすべきだと思います。

それから、適当な人なら内縁でもいいではないか。家産維持、家の維持ということであれば、正式な結婚をして家に入ってきた人でなければだめだということになりますけれども、制度の趣旨はいまや要援助者を助けるということですから、そのことにフィットしている人がいちばんいいわけです。そうすると、内縁だろうと、重婚的内縁であろうと、破綻している婚姻の配偶者よりはそれらの配偶者のほうが適任だということから、保佐人とし

て登場させて差し支えないと思います。

それから、843条、847条1項では一人と書いてありますがけれども、これも改めて一人でもよろしいが複数もよろしいとするのが適当でしょう。財産管理の得手な人は財産管理をやればいい、身上監護が得手なら、身上監護をやればいいということです。財産管理、身上監護それぞれの中でさらに分担させることもあり得てよい。

それから有償性を忘れてはいけません。保佐人も有償がいいのではないかと思います。本人が払えなければ国庫負担にする。さらに欠格事由は検討を要しますが、現在でも847条1項で846条を準用しておりますから、それに似たような規定を置くのが適当だろうと思います。

大事なことは、任期制・一時交代制も遠慮なく導入するということです。23年間も植物人間の世話をした、美談だと最近の新聞に書いてありましたけれども、あまり感心したことではないと思います。そんなことは超人だからできるので（特攻隊精神）、普通の人間に要求しても無理です。いくら近親者でも疲れ果ててしまいますから、かえってよくない。ほどほどのところで一息入れて、他人であろうが他の人に代わっていただくことが必要で、思い切ってそういう制度を導入して、できるだけ使う。1年休んで、山登りでも何でもして、元気をつけて、またやってくる必要があるのではないかと思います。

辞任、解任もすでに現行法があります。844条と845条です。845条では職権による解任をも認めておりますので、同条を大体維持してよいだろう。

終了の審判については（10条、13条関係ですが）、保佐審判の申立権者と終了の審判申立権者とをそろえる必要がありますし、職権による終了の審判の道を開く必要があります。

公示方法としては、戸籍の記載はやめて、家裁の登録簿に登録させておいて、必要がある人は必要性を疎明して証明書をもろうというかたちになる。そこには当該人物を証明することしか書いてない。いくら家族でも他の人のことまで書くべきでない。現在の戸籍はそうっていないから、なおさら嫌われるのです。あの長男の戸籍謄本を取ったら、ついでに他の家族のことも全部書いてあった。そこに禁治産と書いてあった。こうなったらみんなわかってしまいますので、それは嫌われます。不当な目的によることが明らかな場合は他人の戸籍謄本は交付しないということになっていても（戸籍法10条1項、3項）、本人の家族とはいえ保佐ということと無関係の人の戸籍謄本を取り寄せて、そこでたまたま

見つかってしまうこともありますから、あれは公開しているのとほとんど同じことです。そういうことはやめようというわけです。

その他、必需品契約の法理というのは、ここばかりの問題ではありませんが、必需品買入れのための契約のごときは行為能力の有無を問わず認めてしまう。これはフランス民法495条で、450条1項但書を準用しているのですが、そういう法理もはっきり書いておく必要があるだろうと思います。

それから身上監護です。この段階、B段階の人については、特に一般的な身上監護はまず問題にならないと思います。医療関係上の身上監護につきましても、能力判定して処理する。重大手術だろうが、本当に意味がわかっていらっしゃると判定されたら、本人だけできめればいいことです。法定の制度、保佐人などが同意する必要はないと思いますけれども（必要性の原則）、保佐審判に際して能力判定して、この本人は重大手術のような重大事項については理解が危ないと判定されたら、保佐人の同意が必要ということになりましょう。しかし、その同意も危ないので、緊急の場合は別として、たとえば延命装置をはずしていいかというような極めて重大なことは、いくら保佐人に同意権があるといっても、裁判所の事前許可は必要だという明文の規定を置く必要があると思います。緊急の場合の処理については、先に持続的代理権の身上監護のところでも述べたことと同様になると思います。

後見

次に「(4)後見」に入ります (IV(4))。まず財産管理で、被後見人の行為能力の話に入ります。被後見人の行為能力はないわけです。あとは後見人による代理によっていたします。本人がした法律行為は、被後見を理由にして本人も後見人も取り消し得るということです。これは現在の体制と同じことです。

ただ、個々人の残存能力を裁判所が吟味して、行為能力を認めることができる。つまり、行為能力の回復を認めることができます。だから身体障害者については、ほとんど行為能力を認めるということになるだろうと思います。

その他日用品契約というか、必需品契約や本人に負担なしの利益だけを与える法律行為については、すでにどなたかおっしゃっていましたが、行為能力は当然ある、その法律行為は完全に有効である、取り消され得ない、本人に害がないからそれでいいだろう。この

レベルの話は本筋とはいささか別の話です。

後見人の権限は包括的代理権で、いろいろな範囲にわたってずっと代理してやれることになります。ただ先ほど言いましたように、裁判所が残存能力を判定して、行為能力を回復させたら本人ができるわけですから、援助の必要がありません。必要性がなければ、法定代理は引っ込んでいるということになりますから、法定代理人つまり後見人としては、その限りで代理権がなくなるということが言えるわけです。その場合に、本人がやはり自分ではやりたくないから、後見人に任意代理人としてやってほしいということはあるでしょう。それは任意代理の問題になるわけです。

仮に後見人の代理権の範囲内に入るとしても、本人にとってとりわけ重要な行為、たとえば不動産の処分、長期の賃貸借、多額の借財、遺産分割協議、そういったことを考えてみると、いくら後見人の代理権の中にあると言われても、裁判所の事前許可にかけたほうがいいのではないかと思っております。

次の後見申立権者（IV(4)①(iii)）は本人、配偶者、これは先ほど言いましたように破綻状態にある婚姻の配偶者を除き、他方では内縁を含みます。それから1親等の血族、保佐人、成年が間近になった未成年者の後見人といったような方が申立権者で、つまり家族をオールシャットアウトはしない。これは先ほど保佐のところでも申しました。それから裁判所の職権を発動する。職権発動を促す義務者は医師、保健所長、福祉事務所長であるということをお先ほど申しました。これは保佐と同じでいいでしょう。

後見審判手続。これも家事審判法、同規則に規定すればよいのですが、内容はだいたい保佐と同じことです。健常のうちに将来後見が始まったなら、後見人はこの方をお願いしますとか、この人はごめんこうむりますとかいう指定権を認めて、それを届けさせておく制度も一考に値すると思います。それを尊重して、なるべくその指定どおりにすることにするべきものと思います。

次は「後見人—「保佐」の項参照」と書いてありますとおり（IV(4)①(v)）、あまり言うことはございませんが、欠格事由などは注意しなければいけません。本人が収容されている施設そのものおよびその施設の職員を後見人に任命するのは、いろいろな意味で利害が対立する可能性がありますので遠慮させる、包括的代理人とするのは適当でないと思います。したがって、本人の受ける年金を受領する、それを預金して治療費のために引き出して施設に弁済するという事務処理は必要ですけれども、それは第三者がやったほうがい

い。つまり自治体、公的機関が、それを専門に扱うことにして、施設そのものおよびその施設の職員を後見人として、これをさせるのは適当でないと思います。

後見人の義務は、現行の後見人の義務と似ていてもいいと思います。選任されたときに財産目録を作って家裁に出す。任務終了したときに、会計の報告をする。会計報告があまり複雑だというなら、少しまけてやって、一定金額以下の事務処理は領収書を取ってなくてもいいとか、報告不要とする。

後見人の監督は、現行では863条によって家庭裁判所がやっており、後見監督人も監督権を行使できるようになっていますが、後見監督人は今日なり手が大変少ないし、なまじっかなりたいというのは、ともするとろくな人ではなくて、自分がイニシアチブを取って、財産を思うようにしたいという野心を持っている人ですから、あまり適当でないという事で、置く必要はないだろうと思います。

終了の審判については、保佐のところで述べたのと同様に扱えばよい。

公示方法についても保佐のところで述べたのと同様に処理すればよい。

これは保佐でもそうですが、審判前に本人がした取引の効力についての規定が必要かという問題があります。その段階で取引をやられたときに、その段階ではまだ行為能力があるのだから、そのまま認めてしまえというのか。フランス民法はそこを手当てしているのですが、そこはフランス式にたとえば取引時において要後見の状態にあることが公知の事実であったときは、たとえ審判前にされた場合でも、その行為は取り消され得るというような条文を入れることも（同民法503条）、一つの行き方ではないかと思います。

身上監護についてですが、後見審判にさいして本人の能力をよく吟味して、十分に理解力があると判定できたなら（財産上の行為能力ほどの能力まではいるまいと思われまゝ）、本人の決定に委ねるべきです。それだけの能力はないというときは後見人の代理に待つこととなりますが、しかし特に医療関係上の身上監護については、緊急の場合を除いて、事前に家裁の許可にかからせる。例の重大事項を明記して、と先に申した件であります。これ以外のことについては、持続的代理権の身上監護について述べたところを御参照ください。

解釈論

今日のお話の本体はここまででございますが、解釈論に少し触れておきたいのです。解

釈論は必要ない、どうせ立法をやるのだからというのならそれでもいいのですが、立法をやるのに5年かかるとか、あるいは下手をすると10年かかるかも知れない。それはわかりません。しかし、その間はいったいどうしているのですかという話になりまして、多少解釈論をやることも必要ではないかと思えます。

現に須永教授や新井教授もやっていらっしゃるしまして、皆さん方の中にもいらっしゃると思います。私も解釈論を多少やってみたい気がいたしますので、少しやらせていただきます。

第7条というのがあります、これは禁治産宣告の申立権者を定めています。その中に配偶者とあります。配偶者については、一方では破綻状態にあるような配偶者は申立権者にあたらないと解したほうがいい。トルストイの『アンナ・カレーニナ』のヒロイン、有責配偶者の女性チャンピオンといえる人アンナ、夫に対して離婚請求中で長く別居している人ですが、こういう人が申立権者になるのは適当でない。こういう人はまた申し立てる気もおそらくないので、その点からしてもはずしておいたほうがよい。他方では内縁の配偶者、重婚的内縁の配偶者でもかまわない。家のためと言い出すと、家に入ってもいない人がなんでやるんだ、どうしてできるのだということになりますけれども、今日ではそうではなくて、援助体制を作り出すきっかけを与え得るほどに本人の実情をよく知っているかどうかきめ手でありますから、私は内縁でもけっこうだと思います。

それから7条に「得」という言葉があります。必ず宣告しなければいけないのか、それともできるというのかという問題ですが、昔、富井先生が民法起草者であられたときに、状況次第で宣告するしないは裁判官がきめたらいいと書いておられます。それはそのとおりであります。これはまさにそのとおり素直に読めばいいので、須永、新井両教授も言っておられます。

840条によれば、禁治産者の後見人には当然配偶者が就任する。これも問題で、先ほど言いました。そこに夫婦と書いてありますけれども、これは解釈によって破綻していない夫婦をさすと解することは可能です。さらに、破綻していなくても要援助という制度目的に照らして職務にフィットしていなければ、フィットした配偶者に限るという解釈も、目的論的解釈として許されるでしょう。

これを一步進めると、身上監護にはフィットしているけれども、財産管理にはフィットしていない配偶者は、身上監護だけの後見人にすればいいので、財産管理については別の人をたてなければならないこととなります。

そうすると今度は843条で「後見人は、一人でなければならない」と書いてありますけれども、ここが問題です。859条1項を読みますと、後見人の職務領域として財産管理が書いてあります。その隣の858条を見ると、身上監護のことが書いてあります。これは条文上区別しております、そこが付け目と言えれば付け目です。つまり843条で言う後見人とは、職務領域について一人という意味です。したがって、財産管理については一人、身上監護については一人です。その代わり、各領域に一人ずつだけで、もちろん一人で両方兼ねてもいい。かくて、一人ずつ最低二人はたてられるという解釈ができないのかと思います。

それから後見人は自然人に限るということは、従来当たり前のように思われていたのですが、これも最近では、そんなことはなくて法人でもできるという考え方が有力化しています。それはむしろ当たり前で、民法で人と言え、黙っていれば自然人、法人とも入るにまっています。明文で法人不可と書いていなければむしろ入るので、法人の極は国ですけれども、法人でも財産管理はいっこうにかまわないであろう。それから先ほど、身上監護でおむつを取り替えるとか、そういうこととは関係ないと言いましたが、身上監護が決定権限だということになれば、遠慮なく法人がやればいいし、またできるということになります。

それから12条1項が問題です。12条1項を縮小解釈できるという説が最近あります。私も、初めは無理だと思っていたのですが、最近、縮小解釈してもいいと考えるようになりました。12条1項には1—9号までずっと書いてありますけれども、縮小解釈していいではないか。この人はこれはできるということは一向にかまわない。行為能力を回復させるのですから、取引の安全にもかえって資するのではないかと思います。

そうすると、法律論をやらなければいけません。ただ実質的にいいからそれでいいというだけでは通らない。そこでどう言うかという、ある説によると、1項1—9号に挙がっているのは例示だと説明されていますけれども、それだけではどうもすぐには納得できないわけです。例示というのは、他にいっぱい大事なことはあるが、特に大事だから例示したというわけですから、そんなに特に大事なことをなぜ勝手にはずせるのかという反論ができます。ですから「例示でございます」というだけの解釈論ではだめで、もう少し補強、パラフレーズの必要がありそうで、それをこれから申してみたい。おそらくその論者も同じことを考えておられて、なおこれを「例示」といささか素気なく表現されておられ

るだけだと私は思っています。

そこで通常の準禁治産者には1号から9号までの行為を一人でさせるのは適当でないから、ああいうふうに書いただけである。この意味で例示といえれば例示といえなくはない。それが1項本文柱書である。ところが、この本人に限って大丈夫だと言うのなら、それははずしてもいい。「この本人に限って」などと個別具体的に扱うことができるのかというと、2項がまさにこれです。2項の言っていることは「この本人に限って」は追加してもよろしいというのです。たとえば果実の領収は本当はかまわないはずなのに、それもこの本人には許さない、というわけです。これはまさに実定法が、個別具体的にやってもいいということをお認めているわけです。

2項では制限加重のことしか書いてありませんけれども、それは当たり前です。人の行為能力について制限加重することは極めて重大なことです。裁判官に勝手にさせるわけにはいかないので、それは特に書いた。それに対して軽くするほうは、むしろいいことであって、当然できることです。書くまでもないことです。したがってそれはいい。そういう解釈をやってはずすことが適当ではないかと思えます。

ちなみに大きく譲って、12条1項1—9号の各行為をはずすわけにはいかないと解するにしても、元本なら1円たりとも勝手に領収させないが、利息（果実）をとるなら何百万円でも一存で領収できるというのもおかしい。1—9号はいずれにしても「重要な行為」という前提があると解して、本人の資産からみて少額な財産行為なら一存でやれると解してはどうか。たしか於保不二雄先生が書いておられました（同「準禁治産者の能力」同「財産管理権論序説」157頁）。立法としてそういう限定づけを加えることも考えてよいのではないのでしょうか。

最後に残っているのは111条の問題です。本人が意思能力を喪失した。その極は禁治産宣告が下りて、後見人が選任された。そうすると任意代理権は消滅するのかという問題ですが、ここには三つの問題があります。

第一に、代理権は存続するかどうかという問題があります。私は、代理権は当然存続すると思っております。本人が死亡したときは消滅すると解さざるを得ないのですが、死んだときと禁治産になったときとは、利益状況は大きく違います。本人が代理人をコントロールできないのは同じですけれども、そこだけ見ていたのではだめで、死ねば普通は相続人が出てきます。

相続人してみると、先代のお父さんが頼んでおいた代理人なんて、自分の知らない代理人で、信頼関係は全然ないわけです。逆に代理人に言わせても、今度相続人の息子が立ったそうだけれども、あんな人間は私は嫌いだ、とてもあんな人のために委任事務など処理できない、つまり、当然信頼関係があるわけではない。したがって本人が死亡したときは代理権は消滅する。

それに対して生きていて、まだ権利能力がある、しかし意思能力がなくなったというのなら、まさにそのときこそお世話していただかなければいけないものですから、その場合は続くと区別していく。こういうときこそ信頼関係がものを言う。

商法506条では、本人が死亡しても代理権は続くとありますが、それは商法だからです。商事の関係で企業というか、客観的物的関係というか、人的関係があまり強くない関係だから、そういう扱いになるのです。一般的には本人死亡により代理権は消滅すると解すべきでしょう。そして本人が生存しているのなら、たとえ意思能力がなくなっても、代理権は存続する。私の立場は当然存続するというのですけれども、それに対して違うという説もかなり有力です。その説によると、代理権は本人の意思能力喪失によって当然消滅する。ただ、特約しておけば続くといいのです。だから結局、結論的には同じことではないかということになりまして、そうだとすれば、ここでああだ、こうだとあまり議論してみても無駄と言えは無駄であります。

しかし一言だけ言わせていただきますと、本人の意思能力喪失によって代理権は当然消滅する、ただし特約すれば続くといい説に対しては、それではたった一言特約すれば続くわけで（あるいは黙示ということもある）、そういうことを言ってもあまり実益はないという反論はあると思います。しかし、それよりももっと根本的な問題があるように思えてなりません。

つまり本人が禁治産、意思無能力になったら代理権は消滅するというその前提には、代理人の行為は本人がしているようなものだ、その本人が行為できなくなったのだから、代理人の行為もあり得ないという考え方があります。それはそれで一応わかりますけれども、その論法でいきますと、いくら特約したからといって、本人が意思能力喪失でできなくなった以上、なぜ代理人ができるのか、いくら特約してもできないではないかといえそうです。

それに対しては、おそらくこう答えるのでしょう。「いや本人はできなくなった。しか

しそれにもかかわらず、代理人がしてきたことの効果は黙って甘んじて引き受けるという特約なのだ」と。しかしこれも無理です。本人はできなくなったけれども、代理人がしてきたことは引き受けますというけれども、本人ができなくなったのに、なぜ代理人ができるのか。依然としてそういう論理的な問題は残るのではないかと思います。だからいくら特約をしても、代理権は続くとはいえないのではないかと思います。私が思うに、当然消滅説を取るのであれば、111条は強行規定である、特約してもだめだ、だからあとは立法して続かせるなら続かせるよりしょうがない、ということになるのではないかと思います。

次に禁治産宣告が下って、後見人が選任された。禁治産宣告が下る前に任意代理人がいた。それと新しく出てきた後見人との関係はどうなるのかという問題があります。補充性の原則を持ち出して、任意代理人が権限を有する事項に関しては、後見人は権限がないという解釈も可能ではないか。解釈論でもできるような気がいたしますけれども、それはさておき、代理権当然消滅、後見人優先説という考え方（非競合説）があり、私のみるところ、これもかなり有力な見解だろうと思います。これに対して私は補充性の原則を持ち出すことをさておくとすれば、競合説をとるべきだと思っています。

前者の説は、もし競合すると言い出すと、後見人が選任されたときに任意代理人もいる、後見人が委任契約を解除しないでいたら、この代理人が悪い人で、その間に本人の不動産を処分してしまった、権限内で処分したからには本人はいかんともし得ない、不動産所有権移転は否定し得ない、本人は害される、だからそういうことにならないように、後見人が選任されたら、とたんに任意代理人は失権する、こう言ったほうが本人保護によるしいというのであります。

しかしよく考えてみると、ここにもいろいろ問題があります。まず第一に、後見人には排他的代理権があるのかという問題があります。いったん任意代理権が生じたのに、明文の規定もなしに当然失権するということは不自然です。民法97条2項にてらしても、こういえそうです。破産法7条に、破産管財人は破産財団の管理処分権を一手に持つという明文の規定がありますが、そういう明文の規定があるならわかりますけれども、そういう規定がないのに、当然なくなるというのはいささか不自然です。それから禁治産宣告を受けた本人でさえも、財産の管理処分権はちゃんと持っています。民法9条を見ると、意思能力さえ回復しているなら有効な取引ができるという前提でありますから、やはりできる

のです。それから102条、意思能力がある限り完全な代理行為ができるということを考えてみると、後見人が立ったからといって直ちに排他的管理権になってしまうというのは無理な解釈ではないかと思うわけです。

第二に、競合説を取って、任意代理人にも権限があるといたしますと、任意代理人が処分してしまえば本人は害される。これは仕方がない。自分が授権した以上、人物の見損ないである。しかしそう言い切ってしまうていいのだろうか。これは少し問題です。特に悪い代理人がいて、権限内とはいえ処分して、その代金を着服してしまった。そこまで悪い人が出てきたとなってくると、本人はかなわない。ところが私の立場から何と言うかといいますと、それこそ代理権濫用理論が登場してくるケースなのです。判例があり、93条但書類推適用で処理すればいい。だから本人保護もその限りでできる。自己責任と取引安全の調和点がそこに見出せる。

他方、私のほうから言いたいことがあります。もし後見人優先説を取って、任意代理権は当然消滅すると言い出すと、今度は逆が言えます。悪い代理人は、失権したあとも遠慮なく不動産を処分します。そうすると今度は112条の表見代理が出てきます。ここで本人保護と取引安全の調和点が見出せますけれども、下手すると、本人はやはり害されることになります。

こう見てくると、どの説を取っても、悪い人が出てきたあとの始末は似てくるのです。だから後見人優先説をとるか、それとも私のように競合だと言うか、どちらがどちらとも言えない。

のみならず、もう一つあります。これはあまり本に書いてないですけれども、実は転得者が出てきたときが問題です。処分して直接の相手方がいるというだけではなくて、善意無過失の転得者が出てきたときにどうなるのか。後見人優先説をとって、任意代理人が当然失権するということになると、それでもこの代理人が処分したとなれば、直接の相手方との関係では112条の表見代理が問題になる。ところが、それがさらに転売された。本人A、代理人B、直接の相手方Cといって、次に転得者Dが出てきた。そうすると、いかにDが善意無過失であっても、Cが悪意又は有過失であれば、表見代理を持ち出してDを保護することはできないというのが判例です。それには最近いろいろ異論もあるのですけれども、表見代理で保護するのは直接の相手方に限るという判例があります。

そうすると、転々譲渡されたはるか彼方の人は保護されないわけです。ところが私のよ

うな競合説でいきますと、代理人には権限がまだあって、悪いことをやったというのなら93条但書類推適用で処理して、悪い相手方は保護されないんですが、その悪い相手方が一足先に処分していたら、今度は94条2項の類推適用で転得者が保護される余地が出てくる。ここが違うのです。

その他、93条但書の立証責任はだれが負うのかとか、112条の立証責任はだれが負うのかとか、細かい問題がありますが、今日はそんな細かいところはやめます。

さてそうなってくると、本人が保護されなければいけないからというので、取引の安全は遠慮せよというのは、私は一理あると思いますが、それにしてもリモートな距離のところにある転得者までが害されているものかどうか。直接の相手方はしょうがないといっても、リモートなところまで、善意無過失であってもなおだめだということまでやり出すとよくないのではないか。そこはお考えいただきたいのです。ここでは、何も私の説の利点だと言っているわけではありません。私の利点もあるような、ないようなです。そんなことを言ってもやはり本人の保護が大事だ、後见人優先説をとって頑張っていれば、本人は表見代理を乗り越えてどこまでも追及していったり取り返せるんだからいいではないか。これはこれで立派な見識だと思いますけれども、そこまでやるのが適当かどうかということなのです。

今日は時間がオーバーしておりますので、そこはやめます。そういうことで、今日は立法論と解釈論を少しお話して終わらせていただきます。長いことご清聴いただき、ありがとうございました。(拍手)

質疑応答

【司会】 米倉先生、どうもありがとうございました。

ご質問のございます方はお願いいたします。

【米倉】 ご質問もさることながら、建設的ご意見ならなおさらありがたいので、お願いいたします。

【倉田弁護士】 弁護士の倉田と申します。私はいま第二東京弁護士会に属しております。第二東京弁護士会でも、立法を前提とせずに、弁護士会として持続的代理権について何か世の中のお役に立てないかということで、いろいろ議論しております。

それを前提にして、今日の先生のお話で伺いたいことが三つあります。一つは授権の方

式のことです。必ず医師による鑑定をした上で公正証書で、とおっしゃいました。私どもも、公正証書でということは一致しているんですが、医師による鑑定という点がわからなかった。と申しますのは、この持続的代理権は健常者が将来ぼけることを前提にして、あらかじめ持続的代理人を選ぶわけですね。その健常者のする契約にお医者さんがいったいどういう役に立つんだろうか。この人は今は健常者であるが、将来はぼけるだろうということ診断しなければいけないのか。

私どもは、健常者がやる契約には、医師の関与は要らなくて、将来必要な時期に発効するというかたちの契約をすればいいのではないかと考えています。ただそうすると、ここが第二点ですが、どういう時期にそういう状態になったかという判定が難しくなります。それで代理人の数の問題にもなってくるわけですが、代理人を二人とすればどうか。

私どもは必ず弁護士ということにしておりますけれども、一人としますといちばん初めには本人と弁護士と公証人とが、健常者であるという前提のもとに契約をすればそれで有効である。しかしあとでその本人がおかしくなったという判断を誰がいつやるか。たとえばその弁護士代理人が定期的に面接しているとか、あるいは家族から「あの人はこのごろちょっとぼけてきましたが」という通報を受けて、会ってみた。その時その代理人が本人はぼけていると見たということで、すぐそこで発効させていいのか。そうすると、民法134条の純粹随意条件みたいになってきやしないかという疑問を持っているわけです。

そこで私どもは、代理人を2人にするか、或いは弁護士会の内部に持続代理権センターみたいなものを作って、そこと相談して決める、というかたちにすればいいのでは、と考えております。

もう1点、公示方法です。私どもはこれがいちばん困っているんですけども、先ほど先生は立法論として、公示方法としては家裁への登録ということをおっしゃいました。

途中でのお話にもありましたように、戸籍が汚れるといわれるとかいうことがあるものですから、戸籍は避けたい。ところが困ってしまうのは、登記のほうには書きようがないわけです。現在は処分禁止の仮処分というものは債権者しかかけられませんが、成年後見で問題になるのはたいてい不動産の処分でしょうから、それをこの制度と連合させられないか。

家裁への登録などよりよいのは、問題になるのは、不動産を買おうという人に対してだからです。たとえば老人から土地を買うということだけですぐに家裁に行くかどうかわか

らないわけですが、登記簿は必ず見ますから、登記を見たときにわかるようなかたちの公示方法にすれば、立法論としても処分禁止の仮処分が後見する側からかけられれば、いちばんいいのではないか。

これは立法論でございますが、以上の3点。特に初めの1、2点について、先生のご意見を教えていただきたいと思えます。

【米倉】 どうもありがとうございます。まず初めのほうですけれども、いつ、その持続的代理権をやりたいと普通の人が言ってくるだろうかと考えてみますと、本当にしっかりなさっているときにやるのではなくて、本人も相当危なくなってくる自覚が出てくる時期などにやってくるのではあるまいかと想像しているんです。

もしその想像が必ずしも的外れでないといえますと、この人を健常者といって契約してしまって、あとになって、あのときすでにもう健常でなかったということになったら厄介な話である。なっとなったときだというのも一つの手ですけれども、それよりは、念のためにまずお医者さんに本当に健常者かを鑑定してもらって、その上で公正証書なら公正証書で契約書を作るほうが安全ではないかと思っています。

健常者という言葉は非常に広いので、健常者の中にも実際には相当ディクラインしている人があるという認識があるんですが、実際に実務でやった方、いかがなものでしょう。

【倉田弁護士】 遺言などで本人がはっきりしていなければ公証人は作りませんが、作る場合は、公証人がその人は精神的に健常者であるという前提のもとで作るわけですね。おかしかったらやめます。そういう意味では、健常者であるという判断は、弁護士と公証人とが「この人は健常者である」と言ったら、医者なしでもその判断でよろしいのではないかと思います。いかがなものでしょうか。

【米倉】 だからバランスの問題もあって、ここのところだけなぜお医者さんがという話になりまして、もしここでお医者さんを連れて来なければいけないのなら遺言のときもという気がいたしますけれども、その人が本当に健常者かどうか責任持って判定できませんでしょうか。

【倉田弁護士】 私は公証人時代それでやっていたわけです。それから私的なことになりましてけれども、このごろ私は尊厳死の公正証書を作りました。自分が将来ばけてしまったときには、延命装置だけで生きていくことはやめてくれということを、証人をつけて、公証人の前で作ったわけでございます。

そういうときにも、本人は正常であると認めると公証人が書くわけです。それ以外に、お医者さんには頼んでおりません。そういう意味では、弁護士会でやる場合には、一応弁護士と公証人という法曹二人が一致した判断ということでいかなものかと思っております。

【米倉】 それでも遺言の場合は、けっこう判例がございますね。あの人はそもそも遺言を作ったときに意思能力がなかった。あれは自筆証書で争いになったのですか。

【倉田弁護士】 あれは自筆証書だと思います。

【米倉】 公正証書に関しては。

【倉田弁護士】 それは言葉による意思疎通が十分でなくて、「うん、うん」と言ったというのがどうかということで争われて、遺言が無効になった例はありますけれども、精神的におかしかったとき、特に禁治産者が一時本人を回復した場合は民法973条もございますので、公証人ももちろんお医者さんを頼みます。

【米倉】 わかりました。そういう実務でこれまでもやってこられて、それで済んで来れるという実績を知らませんでした。いま教えていただきました。そういうことがあれば、何もわざわざ必ずお医者さんの鑑定をする必要がないというのは、そのとおりだと思います。

そして弁護士さんや公証人の方が、一人だけでは判断が不安だとおっしゃるなら、先ほどおっしゃった持続代理人センターですね。センターかどうか知りませんが、弁護士会の中でそういうものをお作りになって、客観的に複数の目でいろいろな観察をなさるといったことはあり得ると思います。それならなおさら私は反対する理由がありません。ありがとうございます。

それから公示方法の件ですが、これもオーストリアあたりで不動産の登記があるということ。岡教授いらっしゃいますか。オーストリアではやっていらっしゃるようですが、確かに実際に問題になるのは不動産だろうということで、それは十分理由のあることだと思います。

そこで問題なのは、不動産の登記簿なるものがどんな人でも見れるのかということです。なるべく見られたくないわけですね。戸籍は、戸籍法10条で正当な理由がないと戸籍謄本は交付しないとなっていますけれども、実際には違う家族の謄本を正当な理由で取り寄せてみると書いてあったとか、みんなわかってきます。

不動産登記は、本当に債権者がまさに差し押さえる必要だけがあって、そこで押さえて、その登記簿を見たらそこに書いてあった、他の人は何も知らないというのならいいんですが、そのへんに私は一抹の不安を感じます。実際に実務をおやりになっていて、不動産登記簿はもう少しオープンなものだということではないですか。

【倉田弁護士】 実際に売買すれば、必ず登記しなければいけないわけです。その意味では、不動産登記のとき戸籍簿は必ずしも見る必要はありませんけれども、登記簿のほうは必ず引っ掛かる。そのときに処分禁止の仮処分がかかっているならば、そのではっきりわかるのではないかということです。

【米倉】 でも、本人及び家族は、とにかくそれを通じて知られたくないんですね。

【倉田弁護士】 そうなると本人を保護するのか、取引を保護するのかという問題になると思いますが……

【米倉】 だからいちばん理想的なのは、やはり他のことは一切書いていない本人だけの証明書を作る。家族のことも何も書いていなくて、その代わり簡単に証明書が出るということかなと思います。

オーストリアにも登記でやるという立法例があるくらいですから、それは十分理由のあるご見解だと思います。私のほうも、登記を見ないで取引するようなそういう取引もありはしないのか、そういう取引については証明書発行という方法が必要ではあるまいかなど、もう少し勉強させていただきたいと思います。(この部分は後に私が付記させていただいた)。

【司会】 ありがとうございました。もうお一人質問をおうけいたします。

【須永教授】 法政大学の須永でございます。儀礼的なことを抜きにして、先ほどの不在者の財産管理制度の利用の件で、施設に入ってしまった場合は、まさに不在者でいいんですけども、施設外にいる非宣告の意思無能力者について、立法的手当ては必要ないのだろうか。

宣告前の保全手続き(家審規則23条)で、そののところがかなりの程度カバーするというお話だったように理解させて頂いたのですが、どうしても落ちこぼれる者が出やしないだろうか。その点の懸念が1点です。

もう一つは、先ほどの方のご質問にも関係するんですが、公示の問題です。家裁の登録だけで大丈夫なのか。何かワンクッション要らないのか。私もこれはいま考えていて、い

い考えが出ないんですが、たとえば住民票に「家裁参照」など欄外にでも記載する。住民票なんていうのは、住民が移動すればどんどん変化しますから、戸籍に書いた場合と違うと思うんです。ちょっと思いつきのなんですけども、たとえばこれはどうでしょうか。

【米倉】 ありがとうございます。二つともおもしろいんですが、特に後者のほうは、先生ももちろんご存じの、フランス民法で出生証明書の欄外に、余白に書くという条文が確かありましたね。

なるほどと思いましたけれども、わが民法のほうでも戸籍ではやめて、住民票の欄外か何かに少しマークをつけて、そのマークがあると家裁へ行く。そういうことですか。つまり、大っぴらにいろいろなことをゴチャゴチャ書くのは適当でないので、手掛かり、痕跡を残しておいて、あとは用のある人はそれを追いかけて本番に行くということですね。

それをやったのが例の特別養子制度で、あれは戸籍に痕跡どころではなくて、かなりのところまで書いてありますけれども、むき出しには書いてないですね。元帳簿を見ろという信号が出ています。

確かにそういう制度はあり得ると思います。私は先ほど、家裁の支部、出張所をいっぱい作れと言いましたけれども、先生は、そういうことはあまり現実的でないので、それよりもいまの家裁の配置を一応前提にして、区役所の出張所などでの住民票のほうアクセスもしやすいという前提ですね。それはむしろ賛成です。

もう一つのほうは、不在者制度で在宅の人ですね。在宅者について不在者制度は使えるかということですか。それは立法論としてですか、解釈論としてですか。

【須永教授】 先ほどは立法論でお話しになったように受け止めてしまったんですが、どちらでお話しになったんですか。

【米倉】 2ページの図の下のほうに書いてあるのは解釈論です。

【須永教授】 立法論ではなかったんですね。

【米倉】 少なくとも立法論はそうですが、解釈論としての限界は家から出ないと不在にならないものですから。解釈論としてなら、少し無理ではないかと思えますね。やはり、実際にそこに権利能力者がいるんでしょう。

【須永教授】 実体法だけの問題ではなくて審判の手続きがありますから、それに乗せられるかという、どうなるのか。解釈論ではやはり無理ですか。

【米倉】 在宅しながらですか。

【須永教授】 ともかく先生が立法論でその辺のところを手当てされるのかどうか。施設外の者に対して。

【米倉】 施設外の非宣告の意思能力者について立法的手当てをするかといわれるのですが、たしかにその必要はありそうですが、もしそういう手当てをすると、そればかり利用されて、せっかく後見や保佐を直しても使われない、ほとんど空洞化してしまわないでしょうか。だから私は、そこは賛成しないんです。(この部分は後に附記というか、パラフレーズさせていただいた)。

【須永教授】 私の方は結論を出しかねたままお質ねしている次第で……。どうもすみませんが。

【米倉】 どういたしまして。建設的なご意見、どうもありがとうございました。

【司会】 どうもありがとうございました。まだご質問があるかと存じますが、お時間もありますので、本日の講演会はこれで終了させていただきます。

それでは米倉先生、本日はありがとうございました。(拍手)

本冊子は平成6年11月15日に経団連会館で行われた財団法人トラスト60主催の講演会の記録を基に作成しました。

(禁無断転載)

(非売品)

平成 7 年 1 月 31 日印刷

平成 7 年 1 月 31 日発行

〔講演〕

高齢化社会における財産管理制度
—成年後見制度の制定をめざして—

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) デイグ