

Trust Sixty Foundation

成年後見法（私案）

トラス60研究叢書

平成10年3月

財団法人 トラス60

成年後見法（私案）を公にするにあたって

高齢者財産管理法学会

座長 米倉 明

ここに漸く「成年後見法（私案）」と銘打って、私どもの研究の成果を公にする運びとなった。成年後見法の制定・整備の必要は近時ますます強調され、既に数件の私案も公にされている。私どもも、このような趨勢にかんがみて、なるべく早く、私案を公にすべく努力を重ねてはきたものの、問題の複雑・困難さを痛感するばかりで容易に進捗せず、このたびどうにか一応の成案を得て、公表してみようということになった次第である。本私案は一応の形を整えてはいるものの、不備・不徹底の箇所をあちこちに残しており、このたび公にすることを機縁に、広く大方の御批判・御教示をお願いするものである。以下、いわばはしがきに代えて、本私案の特徴を大づかみに挙げて、読者の御参考に供したい。

第1に、形式の側面からいえば、本私案は単行法の形式を採用した。民法典の中に、その改正として、諸規定を挿入することが考えられるけれども、このさい、成年後見法としてまとめて一本にして制定した方が世にアピールするところ大であろうし、また、民法典の中に挿入するにあたっては、その問題の諸規定が果たして従来の民法典の諸規定と調和するかどうかも問題となり得、そのような問題を回避するにこしたことはない。このように考えて、私どもとしては単行法の形式を採用することとしたのである。

第2に、その単行法にいかなる内容を盛り込むべきかを定めるにあ

たっては、現実妥協せざるを得ない側面はどうしても不可避であるにしても、現実を前提にして、そこから一步も踏み出さないという態度をとるということはなく、むしろ私どもの眼からみた理想を掲げ、その理想に少しでも近づくためには、現実（現状）の修正を求めるのもやむなしという態度を持することにした。本私案が、例えば、家庭裁判所の負担増になることは承知のうえで、これに中心的役割を期待する制度を構想しているのは、その表れである。他方においては、例えば、後見の申立権者を狭くしぼって、検察官を申立権者としないなど、いかに現行制度上は存在しているにせよ、実際にはほとんど機能していない（機能例は皆無とまではいえないが）制度は廃止することをはっきりさせた。現行制度を徒に固守することは、有害無益以外の何ものでもないからである。

第3に、本私案は自己決定の尊重という基本的立場を採用し——それにしても保護の側面をやはり取り込まざるを得ないにしても——できるだけその立場に忠実であるように努めた。法定後見と並んで任意後見の制度をおき、後者の優先性をはっきりさせたのは、その表れのひとつである。

第4に、本私案は財産の側面のみならず身上の側面をもカバーしようとするものである。高齢者の関心はひとしくこれらの両側面にあり、むしろ身上の側面の方がより重いのではなからうか。そうだとすると、身上の側面を欠落させ、もっぱら財産の側面のみを取り込んだ成年後見法では高齢者の需要に応じ得るのか大いに疑問であるし、そのような新法では身上の側面をほとんど顧みていない民法典に比べて、大して変わりばえしないというべきことにならう。

第5に、本私案は法定後見につき、いわゆる一元的柔軟化を採用した。当初は、私どもとしてもいわゆる類型的柔軟化（フランス方式）

を採用する方向に傾いていた（特に米倉はそうであった。同講演「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」トラス60研究叢書（1995年）、『信託法・成年後見の研究』新青出版（1998年）所収参照）。禁治産・準禁治産というカテゴリーを維持しつつ（これらの用語は改める）、それにそこまで達していない要保護者というカテゴリーを加え、かつこれら三つのカテゴリー間の相互の移行をフレキシブルに認めるといふ、いわゆる類型的柔軟化は、永年慣れ親しんできた制度の少々の修正という外観を呈し、従ってそれだけ世の人々特に法律家には受け容れられ易いかもしいというメリットがあることは確かである（米倉、上掲講演15頁参照）。けれども、100年続いた現行制度をこのさいスッキリ改めて新しいスタートを切ることが人心に訴えかける点ではすぐれていること、「類型的」といってみても、柔軟化するという以上、「一元的」とほとんど差はないことに帰着するのだから、思い切って「一元的」を採用してみても、さほどの大飛躍をすることにはならないこと、「類型的」というからといって、例えば民法12条を存続させてみても、もはや現行制度の下では異なり、本人の能力に応じた処理をせざるを得ないのだから、事件処理の基準はあるようで実はなく、本人ごとに個々の処理となることは「一元的」の場合と変わりあるまいと思われること、これらのことを考えあわせた結果、私どもとしては「一元的」を採用したのである。

第6に、本私案は持続的代理権の制度を新設した。同代理権の定義については後掲・本私案35条を参照されたい。同代理権については、法定後見を柔軟化することによって本人の需要には応じ得るはずだから、むしろ不要である、現行民法の下でも、解釈論として同代理権は可能であるから、あえて新設するまでもない、という不要論が考えら

れる。しかし、これらの不要論はいずれも私どもとしては採用しないことにした。その理由については後掲・本私案2条注〔3〕を参照されたい。なお本私案では、持続的代理権は本私案の規定によるもののみを認め、現行民法（その解釈）によるものは認めないこととした（後掲・本私案35条参照）。新しく設ける制度の実効性を確保するとともに、あわせて、高齢者保護を期するためである。

以上が大づかみに挙げた特徴である。細かい点については後掲・本私案の各規定およびそれに附された注を参照していただきたい。解釈に委ねたところもむろん多い。本私案が立法化された場合に、それに附随してなされるべき調整・改廃作業もきわめて多い。それにもかかわらず、とにもかくにも、本私案程度にもせよ、案が示されないことには、これから先の作業は始められないであろう。そう考えて、私どもは一応、私案をかため、公にすることにしたのである。

執筆の担当は、「第1章 総則」および「附則」が米倉明、「第2章 法定後見」のうち「第1節 財産後見」が道垣内弘人、同章「第2節 身上後見」および「第3章 任意後見」のうち「第2節 身上代行」が小賀野晶一、同章「第1節 持続的代理権」が岡孝、の各氏である。各規定の文案及び注は、これらの執筆者間さらには後に御氏名を記させていただいている諸氏を加えた研究会における討論を基礎にして、その討論における多数意見に即して書かれており、従って、執筆者個人の見解とは異なった内容が書かれている箇所もある。これは「研究会」としての私案という性格のよらしめるところで、この点を御了解のうえ、執筆に御協力くださった執筆者各位に感謝申し上げます。

私どもの研究会がスタートしてほぼ10年経過した。その間、下記の諸氏の御参加をいただき、いずれの方々からも貴重な御貢献を賜った

ことに深く感謝したい。事務局を担当して下さった財団法人トラスト60の文字どおり献身的な御援助、特に大口勝、水沢慎、吉村正男および村上菊男、以上4氏の歴代副理事長の懇篤な御配慮があったればこそ、私どもはとにもかくにも今日までこぎつけ得たのである。このことをここに特記して、厚く御礼申し上げたい。

高齢者財産管理法学研究会 参加者

【本私案作成にかかわった参加者】

新井	誠	千葉大学法経学部教授
大口	勝	元財団法人トラスト60副理事長
岡	孝	法政大学法学部教授
小賀野	晶一	秋田大学教育学部教授
芹澤	英明	東北大学法学部助教授
玉上	信明	住友信託銀行法務部調査役
道垣内	弘人	東京大学大学院総合文化研究科助教授
濱田	俊郎	弁護士
升田	純	聖心女子大学教授、弁護士
米倉	明	早稲田大学法学部教授

【上記以外の参加者（括弧内は参加期間）】

天野	佳洋	住友信託銀行法務部長 (昭和63年10月～平成8年7月)
石井	美智子	東京都立大学法学部教授 (平成3年10月～平成5年7月)
寺田	逸郎	法務省民事局第一課長 (昭和63年10月～平成4年3月)
水澤	慎	元財団法人トラスト60副理事長 (昭和63年10月～平成3年6月)

(五十音順、敬称略、肩書は現職)

成年後見法（私案） 目 次

成年後見法（私案）を公にするにあたって [米倉明]	i
高齢者財産管理法学会参加者	iv

成年後見法（私案）

第1章 総則 [米倉明]	1
第1条 目的	
第2条 趣旨	
第2章 法定後見	6
第1節 財産後見 [道垣内弘人]	6
第1款 財産後見の開始	
第3条 財産後見の開始事由	
第4条 財産後見人の職務範囲	
第5条 財産後見決定の取消・変更	
第2款 行為の取消	
第6条 取消・追認の権利者・方法、取消権の消滅時効	
第7条 取消の効果	
第8条 相手方の催告権、被財産後見人の詐術	
第3款 財産後見人	
第9条 財産後見人の選任	
第10条 財産後見人の欠格事由	
第11条 財産後見人の辞任・解任	
第12条 財産調査・財産目録調製	
第13条 被財産後見人に対する財産後見人の債権債務の申出	
第14条 被財産後見人が包括財産を取得した場合への準用	
第15条 財産後見人の代理権・同意権及びその制限	
第16条 財産後見人と被財産後見人の利益相反行為	

第17条	財産後見人の義務	
第18条	財産後見人の報酬	
第4款	財産後見監督人	
第19条	財産後見監督人の選任	
第20条	財産後見監督人の職務	
第21条	財産後見人の規定の準用	
第5款	財産後見の終了	
第22条	管理の計算	
第23条	被財産後見人・財産後見人間の契約の取消	
第24条	財産後見人および被財産後見人の利息支払義務	
第25条	財産後見終了時の緊急処分義務、財産後見終了の對抗要件	
第26条	財産後見に関する債権の消滅時効	
第2節	身上後見 [小賀野晶一]	24
第1款	身上後見の開始等	
第27条	身上後見の開始事由	
第28条	職務範囲の決定	
第2款	身上後見人	
第29条	身上後見人の選任	
第30条	複数身上後見人	
第31条	身上後見人の権限	
第32条	重大事項と家庭裁判所の許可等	
第33条	身上後見人の報酬請求権	
第34条	規定の準用	
第3章	任意後見	46
第1節	持続的代理権 [岡 孝]	46
第35条	持続的代理権の定義	
第36条	意思能力減退の判断	
第37条	持続的代理権の授与	
第38条	代理人の欠格事由	

第39条	代理人の義務	
第40条	代理人の報酬	
第41条	代理人の監督	
第42条	代理の終了事由	
第43条	民法の適用	
第2節	身上代行 [小賀野晶一]	62
第44条	身上代行権の授与	
第45条	身上代行権の授与の方式等	
第46条	身上代行人の欠格事由	
第47条	身上代行権の発効	
第48条	規定の準用	
附 則	[米倉明]	75

成年後見法(私案)

第1章 総則

第2章 法定後見

第1節 財産後見

第2節 身上後見

第3章 任意後見

第1節 持続的代理権

第2節 身上代行

附則

第1章 総則

米倉 明

第1条 (目的)

この法律は、生活能力[1]の減退[2]により、自らの事務の全部又は一部を処理することが困難な成年者[3]を、その者の意思を最大限に尊重しながら[4]、かつ、必要な場合および範囲に限って[5]支援[6]することを目的とする。

[1] 生活能力とは、自ら単独でするか他人によってするかを問わず、特定の行為を適切にする能力をいう。この「行為」は財産行為ばかりでなく、身上に関する行為をも含む。

[2] 減退とは、生活能力(前注[1]参照)が衰えること(喪失を含む)をいい、それが精神的事由によるか、身体的事由によるかを問わない。本私案では、生活能力があるかないかという二者択一の考え方を排して、生活能力の漸次的変化という考え方を採

り、その変化の程度（残存能力）に応じた法的処遇をはかることを志向している。「減退」はこの志向に即した概念である。

[3] 本私案の対象者は成年者（満20年に達した者、民法3条参照）に限られる。未成年者は対象外であり、未成年者の後見については民法の定めるところによる。対象となる成年者を本条では生活能力の減退という観点から一応限定するにとどめ、より詳密な限定については後掲の諸規定に委ねた（3条および27条参照）。

[4] 「その者の意思を最大限に尊重しながら」という一句は、本私案が自己決定の尊重という基本的立場を採用していることを表現している。即ち本私案は保護というよりは支援（自己決定を前提に、その実現を援助する）の方に重きをおくという態度を表明するものである（といっても、「保護」の観点を全くなくすることはできないし、そこまでを志向しているものでもない）。「自己決定の尊重」は具体的にはたとえば、任意後見によってカバーされる範囲においては任意後見によることとし、その限りでは法定後見は適用されないこと（任意後見の優先）、および法定後見においても、その開始申立権者を要支援者（以下、本人という）に限ること、後見人の選任にあたって本人の希望を尊重すべきとされていること（前者につき3条、27条1項、後者につき9条1項、29条1項参照）に表れている。

[5] 「必要な場合および範囲に限って」とは自己決定の尊重という基本的立場（前注[4]参照）からはむしろ当然に導かれる限定といえよう。この限定は次の二つのことを意味する。

第1に、任意後見の法定後見に対する優先ということであり（これについては前注[4]参照）、法定後見からみて、法定後見の補充性ということである（補充性の原則）。このことから、例えば、持続的代理権を授与された代理人（任意後見に属することむろんである）の権限と法定後見の後見人の権限とが競合するような場合には、その限りで、前者の権限が優先するという解釈上の帰結があるいは導かれる可能性があり、さらに進んで、そこまでの帰結を承認するのであれば、前者への持続的代理権の授与が後者によって撤回されることも認められないという帰結が導かれる余地がありそうである。

第2に、法定後見によるべきとみえる場合でも（任意後見がそもそも行われていない場合を想定せよ）、本人に対する支援が家族その他の者により、事実上にせよ、十

分になされている場合には、法定後見の適用はさし控えられるべきである（必要性の原則）。

[6] 支援とは、成年者の事務の処理につき、代理権の行使によるか否かを問わず、これを援助することをいう。

第2条（趣旨）

この法律は、前条に定める支援を行うため、法定後見（財産後見のほか[1]身上後見[2]を含む）および任意後見（持続的代理権[3]のほか身上代行[4]を含む）の制度をおく。

[1] 財産後見のみならず身上後見をも射程におさめるのが本私案のひとつの特徴である。高齢者の生活を考えた場合、その両者が必要であり、現行民法にかんがみ、特に身上後見の制度を充実させることが必要であるとわれわれは考え、それなりの規定を用意した。

[2] 身上後見の実質的内容は、本人の身上に関する事務の処理を支援することであるけれども、ここで注意すべきは、本私案において身上後見という場合には、身上に関する事務処理についての決定権限（あるいは職務、以下同じ）をさすのであって、事実行為をすることをさすわけではないことである。身上後見人は、老人ホームに入所中の本人について、例えば、毎日午後1時間散歩させるべきかどうかを（多くの場合には医師の助言のもとに）決定し、さらにそれを実行に移すために、ボランティア個人（あるいはその老人ホーム）との間で、本人に附添って所定の時間散歩させる旨の契約を締結する権限を有する。身上後見人は必要とあれば、一度締結したその契約を解除することもでき、場合によっては解除しなければならない。身上後見人自身が本人に附添って散歩させることは、身上後見の概念には含まれていない。同様のことは財産後見についてもいわれ得るのであるが、身上後見の場合には介護行為（事実行為としてのそれ、介護労働）との関連において、身上後見は身上後見人自身による介護行為を当然含むと考えられがちなので、この場で一言しておいた次第である。身上後見とは法的決定権限を意味し、介護行為をすることを含まないということになると、身

上後見人たりうる者の範囲がそれだけ広くなるであろう。介護行為を自らする（しなければならない）というのでは身上後見人とするのには不適切と考えられる者であっても、介護行為は自らしないでよく、決定権限を行使するだけでたりるといのであれば、そのような者といえども不適切とは限らなくなるからである。なお、身上後見人が自ら介護行為をすることが当然違法となるわけではなく、その場合には、個別ケースごとに準委任又は事務管理（民法656条、697条）がなされたと構成すべきことになろう。あるいは、家庭裁判所により、身上後見人に対し自ら介護行為をなし得る旨決定があった場合には、継続的に自ら介護行為をなすこともできることになるという立法措置が必要かも知れない。

[3] 本私案における持続的代理権とはなにかについては、本私案35条およびその注を参照されたい（なお第3章第1節前注も同様である）。ここでは次のことを述べておきたい。

第1に、自己決定の尊重という基本的立場からすれば、任意後見（持続的代理権はそのうちのひとつの制度）がおかれるべきことはむしろ当然である。

第2に、法定後見の制度を柔軟な制度にすれば、本人の需要に対応し得るといっても、だからといって、持続的代理権は不要だとはいえない。たんに法定後見の柔軟化といっても、制度ができてみないと、どの程度の柔軟化ができるのか確言はしえないし、いかに柔軟化するといっても、制度である以上どうしても限界があり、本人プロパーの、それこそ千差万別の需要に応ずることなどはできまい。本人プロパーの需要にきちんと応じるには、本人プロパーの需要を自覚した本人による持続的代理権設定によるにこしたことはない。法定後見をいかに柔軟化しても、制度が本人にあわせるのではなく、本人が（やむなく）制度にあわせさせられる面が出てくることを恐らく避けられないであろう。しかしそれでは「自己決定の尊重」には適合しないのである。

第3に、持続的代理権の制度を新しく設けなくても、代理権の持続は現行民法の解釈上（111条1項、653条）可能であるから、現行民法に委ねておけばたりるといふ議論も、にわかに支持することができない。たんに現在でも「できる」というだけでは、支援を要する高齢者のことを考えてみると、やはりくみし得ない。「できる」といって放り出すのではなく、せっかく自己決定ということでは始めたことであれば、

少々はこれをバックアップしてあげましょうというくらいの心づかいが、これからの世の中では必要ではあるまいか。特に代理人に対するコントロールは必須の措置であろう。本人がおいた代理人に対してコントロールをおよぼしてはいけないなどというルールはなく、不在者の財産管理人に対するコントロールを想起するだけでも十分であろう（民法26～29条参照）。

第4に、持続的代理権を含めて任意後見を充実させ、その結果、法定後見よりも任意後見の方が利用されるようになれば、法定後見利用による公費負担をそれだけ減じ得ることになり、これまたひとつのメリットといえよう。

[4] 「身上代行」の意味については、本私案44条の注[3]を参照されたい。

第2章 法定後見

第1節 財産後見

道垣内弘人

第1款 財産後見の開始

第3条 (財産後見の開始事由)

精神的又は身体的事由〔1〕によって、自らの財産上の事務を処理するのに困難のある〔2〕成年人〔3〕については、家庭裁判所は、本人の請求によって、又は職権で〔4〕、必要に応じて〔5〕財産後見に付することができる〔6〕

〔1〕 現行制度で禁治産または準禁治産宣告の事由となっているのは、精神的な事由のみである（「浪費者」には微妙な点もあるが、やはり病的に浪費が止まらない原因は、精神的なところにあるのだろう）。しかし、身体的事由によって他との意思疎通が困難な場合もあるし（典型的には、会話の難しい場合）、精神面では問題がないものの寝たきりなどの状態で後見人による財産管理が必要であるが適任者が見あたらない、あるいは、そのコントロールができないという場合もあろう。本研究会としては、このような場合も財産後見制度の対象に含めるべきであるという見解を多数意見として採用した〔1〕。

〔2〕 現行制度は、一定の精神状態を禁治産宣告・準禁治産宣告に直結させる構造をとっている。しかし、新しい財産後見制度を援助法として位置づける立場からは、「精神的または身体的事由」の存在そのものが問題なのではなく、援助されるべき状態にあることが重要である。

もっとも、この点をどのように文章化するかについては、本研究会でもなかなか意見がまとまらなかった。さしあたって、この部分ではなるべく対象を広げ、他方、〔5〕で述べるように必要性の判断を家庭裁判所に行わせることによって適当な運用を行えるようにした。つまり、たとえば、精神能力の十分な人がたまたま病気で入院したときのことを考えると、たしかにその時点では「自らの財産上の事務を処理するの

に困難」な状態にあるために、その要件は満たす。しかし、預金をおろしてこよう、本を買ってこようというときに、近親者に頼める場合には、[5]の要件を満たさない、ということで、財産後見の対象からはずれてくるわけである。

- [3] 現行制度の下においては、親権・未成年後見に服する未成年者についても、禁治産宣告に基づく後見制度が発動されうる、とするのが実務の取り扱いであり、通説でもある。しかし、この点については、立法論的な批判もある(2)。

本研究会としては、この批判的な見解に与し、制度の対象を成年者に限ることにした。制度理念が異なるべきだと考えられるからである。

- [4] 現行制度においては、配偶者など、幾種かの請求権者が列挙されている。しかし、本研究会としては、申立権者は本人に限定し、また家庭裁判所の職権による手続開始を認めることにした(3)。

申立権を本人にしか与えないのは、以下の理由に基づく。すなわち、第1に、現行制度の下では、請求権者のそれぞれが、自ら当該無能力者の財産に対して支配権を及ぼす目的をもって請求権を濫用する、などの弊害も生まれているといわれ(4)、親族からの申立を制限すべきであると考えられること、第2に、検察官の申立の実例は現行制度においてほぼなく(5)、検察官に申立権を残す意味の乏しいこと(6)、そして、第3に、新しい制度の理念、すなわち相続権者などのための家産維持のための制度ではなく、あくまでも本人の保護のための制度であることを明確化するためには、本人からの請求をもって原則とすべきであること(7)、である。

しかし、自らの事務を処理するのが困難な本人の申立だけを待つことはできず、その補充が考えられなければならない。この点では、家庭裁判所の職権による手続開始を認めることにした(8)。家族、親族、施設の長などは家庭裁判所の職権の発動を促すことができるものとして位置づけられる。また、本人の意思能力の問題等によって、本人からの申立が、その有効性を疑われるときにも、それを職権発動を促す申し出としてとらえることが可能である。

- [5] すでに[2]の説明で述べたように、本研究会は、精神的または身体的事由の存在を財産後見制度の発動に直結させるべきではないと考えている。すなわち、任意代理などの活用によって、当該成年者の事務処理に実際上の差し支えのない場合には、法定後見制度を発動させないことにした。同様の立法論を展開するものは多い(9)。

[6] 2点補充しておく。

第1。財産後見制度の発動には、申立からそれなりの時間がかかり、その間、要保護者は必要な保護を受け得ないことになる。この点で、何らかの特別な制度を設けることも考えられるが、本研究会としては、現行家事審判規則23条、30条の審判前の保全処分を活用することでこれに対処すればよい、との見解をとることにした。

第2。財産後見制度が発動されていることの公示は、各市町村役場に名簿を置くことで対処したい。戸籍への記載が、従来の禁治産制度・準禁治産制度の利用を躊躇させる原因の一つにもなっていたと思われるからである。

第4条（財産後見人の職務範囲）

家庭裁判所は、財産後見に付す旨の決定をするにあたって、次のことを決定することができる。

- 1 被財産後見人が財産後見人の同意を得ないでなしたとき、取り消しうるものとなる行為の範囲。
- 2 財産後見人が被財産後見人を代理しうる範囲[1]。
- 3 財産後見人が被財産後見人の財産を管理しうる範囲[2]。

[1] 現行制度では、禁治産者の行為はすべて取消対象となり、準禁治産者の行為については民法12条1項に列挙されている行為について同意が必要となる。しかし、財産後見の必要のある多種多様な者を、このような2類型に収めるには無理があり、そのために過大な保護または過小な保護しか与えられない場合が多くなる。個々人に合わせた保護を与えるための制度の柔軟化の必要性は、多くの論者によって説かれている。ただし、このとき、原則類型をいくつか定め、それぞれにおいてさらに柔軟化を図るのか（類型的柔軟化）、すべての場合に個々人ごとに保護内容を定めるのか（一元的柔軟化）については、その現実性を含めて意見が分かれる⁽¹⁰⁾。

難しいところであるが、本研究会では、一元的柔軟化の枠組みをとることにした。したがって、個々人ごとに、どのような行為について財産後見人の同意が必要か、どのような行為について財産後見人が代理できるか、が定められることになる。

[2] 財産管理についても、財産後見人の職務は代理権行使に限られるわけではない。たとえば、財産後見人が不動産については売却等の代理権限を与えられていないが、本人が不注意に売却してしまうことを防ぐため、登記済証・実印などを保管することを求められているとする。このようなときには、代理権行使にあらざる財産管理が必要となるわけであって、3号はそのような場合を予定するものである。

第5条（財産後見決定の取消・変更）

- ①家庭裁判所は、被財産後見人の請求により、又は職権で、財産後見に付す旨の決定を何時でも取り消すことができる[1]。
- ②家庭裁判所は、前条各号の範囲について、被財産後見人の請求により、又は職権で、何時でもそれを変更することができる[2]。
- ③家庭裁判所は、前2項に定める職権の発動のため、5年ごとに被財産後見人の状態を再審査しなければならない[3]。

[1] 民法10条とほぼ同じである。申立権者については、本私案3条の注[4]を参照。

[2] 現行制度では、禁治産宣告（民法10条）・準禁治産宣告（民法13条）の取消についてのみ定めがある。これは、現行制度における各制度が画一的なものになっていることと対応しているのであり、同意を要する行為の範囲・財産後見人の代理権の範囲をそれぞれ柔軟に定めようとする制度においては、その範囲の変更についての定めも必要である。

[3] 被財産後見人の能力制限を最小限にとどめるため、請求権者の請求をも待たず、たとえば5年ごとに定期的な再審査を行うことにすべきであるという立法提案があり(11)、本研究會としてはこれに与することにした。

第2款 行為の取消

第6条（取消・追認の権利者・方法、取消権の消滅時効）

- ①被財産後見人のした行為が、第4条第1号に定めるところの取り

消しうるものであるときには、被財産後見人および財産後見人〔1〕はその取消をすることができる〔2〕。ただし、財産後見人がその行為を追認した後はこの限りでない。

②取消又は追認は、取り消すことのできる行為の相手方が確定している場合には、その相手方に対する意思表示によって、これを行う〔3〕。

③取消権は追認のできる時から5年間これを行わないときには時効によって消滅する。行為の時から20年を経過したときも同様である〔4〕。

〔1〕 現行制度では、後見人が取消権を有するのに対して、準禁治産の保佐人には、少なくとも明文上は取消権が付与されていない。ところが、一元的柔軟化による新しい制度を作る際には、このような二元的区別は不可能であり、したがって、財産後見人一般に取消権を付与することにした。

〔2〕 民法122条但書は、取り消すことのできる行為を、取り消されるまで有効として扱う、わが民法のもとでは意味のない規定であり、同様のことは財産後見法についてもいえる。そこで、本条は民法122条のうち但書を除いた部分を再現している。

〔3〕 民法123条と同じである。

〔4〕 民法126条と同じである。

第7条（取消の効果）

被財産後見人のした行為が取り消されたとき、その行為ははじめから無効であったものとみなされる。ただし、被財産後見人は、その行為によって現に利益を受けている限度で償還の義務を負う〔1〕。

〔1〕 民法121条と同じである。

第8条（相手方の催告権、被財産後見人の詐術）

- ①取り消すことのできる行為の相手方は、被財産後見人を後見に付す旨の決定が取り消された後、その者に対して1月以上の期間内にその行為を追認するか否かを確答すべき旨を催告することができる。もし被財産後見人がその期間内に確答を発しないときは、その行為を追認したものとみなされる〔1〕。
- ②被財産後見人を後見に付す旨の決定が取り消されない時において、財産後見人に対し、その権限内の行為について前項の催告をしたがその期間内に確答を発しないときも同様である〔2〕。
- ③特別の方式を要する行為については、右の期間内にその方式を踐んだ通知を発しないときは、これを取り消したものとみなされる〔3〕。
- ④被財産後見人が、財産後見に付されていないこと、又はその行為について財産後見人の同意が不要なことを信じさせるために詐術を用いたときは、その行為を取り消すことができない〔4〕。

〔1〕～〔3〕 民法19条1項から3項までも同じである。

〔4〕 民法20条とほぼ同じであるが、財産後見人の同意が必要な行為の範囲は、被財産後見人ごとに異なりうるので、その範囲についての詐術も対象となることを明記した。

第3款 財産後見人

第9条（財産後見人の選任）

- ①被財産後見人については、その希望を尊重して〔1〕、家庭裁判所が財産後見人を選任する〔2〕。財産後見人が欠けたときも、同様である。

- ②複数の財産後見人を選任するときには、家庭裁判所はそれぞれの財産後見人の権限を明確に定めなければならない[3]。
- ③前項の定め反して、財産後見人が、被財産後見人に代わってした行為、又は被財産後見人に与えた同意は、これを無効とする。

[1] 制度全体を本人の希望を尊重する形で構築する一面である。あえて「希望」という法律用語としては熟していない言葉を用いたのは、本人の意思能力に問題があるときにも、柔軟に対処できるようにするためである。

[2] 現行民法841条は、法定後見人の存しないとき、後見人の選任を「被後見人の親族その他の利害関係人の請求」にかからしめ、さらに、家事審判法25条は、「申立によって」後見人を選任する、としている。これによれば、禁治産宣告をなしても、請求がなければ、裁判所は後見人を選任できないことになる。この点では、実務上、配偶者のない者の禁治産宣告にあたっては、禁治産宣告の申立と同時に、あわせて後見人選任の申立をさせるようにすることによって対応しているが、立法による明確化が求められていたところである⁽¹²⁾。ここでは、財産後見人の選任は必然化されている。

なお、法人も財産後見人となりうるとすべきである、というのが本研究会の多数意見であったが、なりうる法人に一定の限定を付すべきか、付するとすればいかなる限定をなすべきか、については、なお検討を要する。なお、本私案10条の注[2]を参照。

[3] 現行制度では、後見人は一人でなければならない、とされている（民法843条）。しかし、財産後見人のなすべき事務の範囲は広範囲に及ぶため、複数の財産後見人を選任することができるようにすべきだ、と従来から説かれており⁽¹³⁾、本研究会もこれに与することにした。ただし、そのときは複数の財産後見人の職務分担を明確に定めなければならない⁽¹⁴⁾。

第10条（財産後見人の欠格事由）

左に掲げる者は、財産後見人となることができない。

1 未成年者

- 2 被財産後見人
- 3 家庭裁判所で免ぜられた法定代理人及び財産後見人又は身上後見人〔1〕
- 4 破産、和議、会社整理、又は特別清算の手續を開始する決定を受けた者〔2〕
- 5 被財産後見人に対して訴訟をし、又はした者及びその配偶者並びに直系血族
- 6 行方の知れない者

〔1〕 現行民法846条と基本的に同じであるが、財産後見人や身上後見人は、現行の禁治産後見人と異なり、代理権を有しないことがありえ（本私案4条2号参照）、その場合、「法定代理人」に含まれないことになる。そこで、別個に規定することにした。

〔2〕 現行民法846条では「破産者」とされているが、法人が財産後見人となることも認められるというのが本研究会の多数意見であり（本私案9条の注〔2〕参照）、そこで、和議、会社整理、特別清算を欠格事由として掲げることにした。また、本号は、法人が財産後見人となりうることを裏から規定する意味もある。

第11条（財産後見人の辞任・解任）

- ①財産後見人は、正当な事由があるときは、家庭裁判所の許可を得て、その任務を辞することができる〔1〕。
- ②財産後見人に不正な行為、著しい不行跡その他財産後見の任務に適しない事由があるときは、家庭裁判所は、本人の請求によって、又は職権で、これを解任することができる〔2〕。

〔1〕 民法844条と同じである。

〔2〕 民法846条とほぼ同じであるが、申立権者を制限している。その趣旨は、本私案3条の注〔4〕を参照。

なお、財産後見監督人は、まさに財産後見人の不正行為等に目を光らせる役割を有するわけであり、申立権者に加えることも考えられる。しかし、本研究会では、財産後見監督人は家庭裁判所の職権発動を促しうる者として位置づければ足りる、との意見が強かった。

第12条（財産調査・財産目録調製）

- ①家庭裁判所は、財産後見人の選任にあたって、1箇月以内に、被財産後見人の財産を調査し、その目録を調製することを財産後見人に命ずることができる。但し、この期間は、家庭裁判所において、これを伸長することができる。
- ②家庭裁判所は、前項の目録の調製を命ずるとき、調査されるべき財産の範囲及び種類を限定することができる〔1〕。
- ③財産の調査及び目録の調製は、財産後見監督人があるときは、その立会を以てこれをしなければ、その効力がない。
- ④家庭裁判所は、目録の調製が終わるまで、財産後見人の権限を限定することができる〔2〕。但し、これを善意の第三者に対抗することはできない。

〔1〕 現行制度では、後見人は必ず財産目録を調製しなければならない（民法853条）。しかし、本私案における財産後見人の職務範囲は、個々の被財産後見人ごとに定められるものであり、被財産後見人の全財産に及ぶことは必然ではない。

そこで、調製義務を課するか否か、また、その範囲をどうするか、を家庭裁判所の裁量にかからせることが必要となる。

〔2〕 現行制度では、後見人は被後見人の財産目録の調製が終わるまで、急迫の必要のある行為のみをなしうることになっている（民法854条）。しかし、〔1〕で述べたように本私案の下では、財産目録の調製自体が必然のものではない。したがって、ここにも家庭裁判所の裁量の余地を認めることにした。

第13条（被財産後見人に対する財産後見人の債権債務の申出）

- ①財産後見人が、被財産後見人に対し、債権を有し、又は債務を負う場合において、財産後見監督人があるときは、財産の調査に着手する前に、これを財産後見監督人に申し出なければならない。
- ②財産後見人が、被財産後見人に対し債権を有することを知ってこれを申し出ないときは、その債権を失う。
- ③前2項の規定は、財産後見人が、前条の規定に従って財産の調査を命じられなかった場合には、この限りでない〔1〕。

〔1〕 全体として、民法856条に対応するものである。3項の趣旨は説明するまでもなからう。

第14条（被財産後見人が包括財産を取得した場合への準用）

前2条の規定は、財産後見人が就職した後被財産後見人が包括財産を取得した場合にこれを準用する〔1〕。

〔1〕 民法856条と同じである。

第15条（財産後見人の代理権・同意権及びその制限）

- ①財産後見人は、被財産後見人の財産に関する法律行為について、第4条第2号で定められた範囲において被財産後見人を代表し、又同条第3号で定められた範囲において被財産後見人の財産を管理する〔1〕。
- ②財産後見人が、被財産後見人に代わって左の行為をし、又は被財産後見人がこれをするに同意するには、財産後見監督人があるときはその同意、財産後見監督人がないときは家庭裁判所の同

意を得なければならない。ただし、第3号の場合には、本人の同意も得なければならない。

1 被財産後見人が現に居住し、あるいは将来に居住することが予定されている住居につき、売却、賃貸、賃貸借契約の解除その他被財産後見人の居住を困難にする行為

2 被財産後見人の現在の居住場所を変更する行為で、前号に規定する以外のもの〔2〕

3 被財産後見人の行為を目的とする債務を生ずべき行為〔3〕

③被財産後見人が第4条第1号に定めた範囲に含まれる行為をなすにあたり、財産後見人の同意に代わる承認を与えることができる〔4〕。

〔1〕 民法859条1項と趣旨は同じであるが、現行制度における後見人と異なり、財産後見人が有する代理権の範囲や管理すべき財産の範囲は、必ずしも被財産後見人の有する財産すべてに及ぶわけではないので、必要な修正を行っている。

〔2〕 医学上も精神障害者・高齢者の精神安定のために、住み慣れた環境を維持することの重要性が説かれている。ドイツ民法1907条、フランス民法490条ノ2にもこの点への配慮が見られる。本研究でも、この点の重要性に鑑み、より慎重な手続を求めることにした。

〔3〕 民法824条但書を準用する859条2項と同じである。

〔4〕 フランス民法510条2項は、「保佐人がある行為について同意を拒否するときは、保佐に付された者は、後見判事に代替的許可を求めることができる」と規定している。本人の意思をなるべく尊重していこうとする制度趣旨からは、このフランスの制度を取り入れ、家庭裁判所が財産後見人の同意に代わる承認をなしうるとすべきである。

第16条（財産後見人と被財産後見人の利益相反行為）

①財産後見人と被財産後見人と利益が相反する行為については、財

産後見人は、被財産後見人のために特別代理人を選任することを家庭裁判所に請求しなければならない。

- ②数人の被財産後見人について同一の財産後見人が選任されている場合において、その一人と他の被財産後見人との利益が相反する行為については、その一方のために、前項の規定を準用する。
- ③前2項の規定は、財産後見監督人がある場合は、これを適用しない[1]。
- ④財産後見人が被財産後見人の財産又は被財産後見人に対する第三者の権利を譲り受けたときは、前3項の手続が満たされている場合でも、被財産後見人はこれを取り消すことができる。この場合には、第7条の規定を準用する[2]。

[1] 民法860条と同じである。

[2] 民法866条と同じである。

第17条（財産後見人の義務）

- ①財産後見人は、被財産後見人の希望を尊重して、その福祉を実現するように、その権限を行使しなければならない[1]。
- ②財産後見人は、身上後見人の判断を尊重しなければならない[2]。

[1] 現行制度では、後見人の負う注意義務の程度を示すものとして、受任者の注意義務に関する民法644条が準用されている（民法869条）。しかし、新しい財産後見制度では、財産後見人が被財産後見人の希望にしたがうべきであることを、より積極的な条文で示すのが妥当であるとするのが本研究会の多数意見であった。同様の立法提案はすでに見られるところである⁽¹⁵⁾。

[2] 財産後見人と、後に述べる身上後見人が別人である場合には、その間の判断に不一致が生じることもありうる。もちろん、その場合、両者で話し合われることが必要で

あるが、どうしても一致を見ない場合には身上に関する判断が優先されるべきである、とするのが本研究会の多数意見であった。

第18条（財産後見人の報酬）

家庭裁判所は、財産後見人及び被財産後見人の資力その他の事情によって、被財産後見人の財産の中から、相当な報酬を財産後見人に与えることができる〔1〕。

〔1〕 民法862条と同じである。

第4款 財産後見監督人

第19条（財産後見監督人の選任）

①家庭裁判所は、必要があると認めるときは、被財産後見人の請求によって、又は職権で、財産後見監督人を選任することができる〔1〕。

②財産後見人の配偶者、直系血族及び兄弟姉妹は、財産後見監督人となることができない〔2〕。

〔1〕 民法849条とほぼ同じである。申立権者の制限については、本私案3条の注〔4〕を参照。

〔2〕 民法850条と同じである。

第20条（財産後見監督人の職務）

①財産後見監督人の職務は、左の通りである。

- 1 財産後見人の事務を監督すること。
- 2 急迫の事情がある場合に、必要な処分をすること。

3 財産後見人又はその代表する者と被財産後見人との利益が相反する行為について被財産後見人を代表すること。

4 財産後見人が欠けたとき、財産後見人に不正な行為、著しい不行跡その他財産後見の任務に適しない事由があるときその他必要な場合に、遅滞なく家庭裁判所にその権限の発動を促すこと[1]。

②財産後見監督人又は家庭裁判所は、何時でも、財産後見人に対し財産後見の事務の報告若しくは財産目録の提出を求め、又は財産後見の事務若しくは被財産後見人の財産の状況を調査することができる。

③家庭裁判所は、財産後見監督人、被財産後見人の請求によって、又は職権で、被財産後見人の財産の管理その他財産後見の事務について必要な処分を命ずることができる[2]。

[1] 本条1項は、民法851条とほぼ同じである。4号は、財産後見人が欠けたときその選任が必然的なものとなっていること（本私案9条1項）、財産後見人の解任の請求権者を限定し、財産後見監督人を除くこと（本私案11条2項）にあわせた変更である。

[2] 2項、3項は、それぞれ民法863条1項、2項とほぼ同じである。3項の申立権者の限定については、本私案3条の注[4]を参照。

第21条（財産後見人の規定の準用）

第11条及び第17条の規定は、財産後見監督人にこれを準用する[1]。

[1] それぞれの法条の注を参照。

第5款 財産後見の終了

第22条（管理の計算）

- ①財産後見人の任務が終了したときは、財産後見人又はその相続人は、2箇月以内にその管理の計算をしなければならない。但し、この期間は、家庭裁判所において、これを伸長することができる。
- ②財産後見の計算は、財産後見監督人があるときは、その立会を以てこれをする〔1〕。

〔1〕 それぞれ民法870条、871条と同じである。

第23条（被財産後見人・財産後見人間の契約の取消）

- ①被財産後見人が財産後見が取り消された後財産後見の計算終了前に、その者と財産後見人又はその相続人との間にした契約は、その者においてこれを取り消すことができる。その者が財産後見人又はその相続人に対してした単独行為も、同様である。
- ②第6条第3項、第7条、第8条の規定は、前項の場合にこれを準用する〔1〕。

〔1〕 民法872条と同じである。現行制度では、未成年後見のみの規定であるが、財産後見でも同様の保護が必要であろう。

第24条（財産後見人および被財産後見人の利息支払義務）

- ①財産後見人が被財産後見人に返還すべき金額及び被財産後見人が財産後見人に返還すべき金額には、財産後見の計算が終了した時から、利息をつけなければならない。

- ②財産後見人が自己のために被財産後見人の金銭を消費したときは、その消費の時から、これに利息をつけなければならない。なお、損害があったときは、その賠償の責に任ずる〔1〕。

〔1〕 民法873条と同じである。

第25条（財産後見終了時の緊急処分義務、財産後見終了の対抗要件）

- ①財産後見の終了の場合において、急迫の事情あるときは、財産後見人は被財産後見人が委任事務を処理することができるようになるまで、必要な処分をしなければならない。
- ②財産後見の終了は、それが被財産後見人について生じた事由によるものであると財産後見人について生じた事由によるものであるとを問わず、相手方に通知し又は相手方がこれを知ったときでなければ、これを以てその相手方に対処することができない〔1〕。

〔1〕 民法874条とはほぼ同じである。

第26条（財産後見に関する債権の消滅時効）

財産後見人と被財産後見人の間に財産の管理について生じた債権は、財産後見人の権限が消滅した時から5年間これを行わないときは、時効によって消滅する〔1〕。

〔1〕 民法875条とはほぼ同じである。

〔注〕

- (1) 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56-57頁(1988年)、須永醇「成年無能力制度の再検討」法と精神医療5号56頁(1991年)、井上計雄「成年後見制度の立法提言(上)」民事法情報122号7頁(1996年)なども同様。反対説として、道垣内弘人「成年後見制度私案(三)」ジュリスト1076号123頁(1995年)。
- (2) 河野力「親権・後見制度はいかにあるべきか」法律のひろば12巻10号33頁(1959年)、我妻栄「親族法」375頁(1961年)、鈴木・前掲注(1)54頁、新井誠「高齢社会の成年後見法」191頁(1994年)、米倉明「高齢化社会における財産管理制度」30頁(1995年)。
- (3) 反対説として、道垣内・前掲注(1)124-125頁。
- (4) 藤本和男=寺田由紀子「家庭裁判所にあらわれた老人の財産管理をめぐる紛争」家族〈社会と法〉4号4頁以下(1988年)、吉村正「後見人・後見監督人の選任」島津一郎古稀・講座・現代家族法4巻76頁以下(1992年)、奥川幸子ほか「座談会・成年後見制度の必要性」ジュリスト1038号91頁〔野田愛子発言〕(1994年)。
- (5) 深見玲子「禁治産宣告、準禁治産宣告の手續と留意点」金融法務事情1352号25頁(1993年)。
- (6) 米倉・前掲注(2)37頁。
- (7) 田山輝明「成年後見制度」ケース研究240号7頁(1994年)。
- (8) 田山・前掲注(7)7頁、須永醇「あとがき」同編・被保護成年者制度の研究619頁(1996年)。
- (9) 新井・前掲注(2)171-172、188頁、額田洋一「成年後見法制定要綱【私案】」ジュリスト1055号104頁(1994年)、田山・前掲注(7)10頁、大塚明「持続的代理権による後見制度」阪大法学44巻2=3号477頁(1994年)、米倉・前掲注(2)9頁。反対説として、道垣内・前掲注(2)126-127頁。
- (10) 類型的弾力化を支持するものとして、須永醇「高齢化社会を迎えて—精神保険政策をどう進めるか—5 法律家の立場から」精神保険政策研究3号30頁注(7)(1994年)、米倉・前掲注(2)15頁、道垣内弘人「成年後見制度私案(-)」ジュリスト1074号119頁(1995年)。一元的弾力化を支持するものとして、鈴木・前掲注(1)57頁、谷口知平=石田喜久夫編「新版注釈民法(1)302頁(鈴木ハツヨ執筆)(1988年)、額田・前出注(9)104頁、野田愛子「成年後見制度の展望」ジュリスト1059号168頁(1995年)、田山輝明ほか「座談会・成年後見制度をめぐる」法の支配97号69頁〔野田愛子、田山輝明発言〕(1995年)、日本弁護士連合会司法制度調査会「成年後見法大綱(中間意見)1-4頁(1996年)。
- (11) 須永・前掲注(1)62頁、田山・前出注(7)15-16頁。
- (12) 久貴忠彦「新版注釈民法(2)323頁(1994年)参照。
- (13) 梅謙次郎「民法要義巻之四〔第二二版〕415頁(1912年)、島内乗統「後見人・後見監督人について」判例タイムズ565号63頁(1985年)、米倉明「日本法への示唆・結びを兼ねて」ジュリスト972号60頁(1991年)、早野茂「精神保健法上の保護義務者制度をめぐる諸問題(下)」法律論叢64巻1号168頁(1992年)、須永・前掲注(1)61頁、新井・前掲注(2)39-40、188、193頁、林道晴「後見人の解任」島津一郎古稀・講座現代家族法4巻114頁(1992年)、広瀬美佳「医療上の代諾と保護義務者制度に関する法的考察」精神神経学雑誌95巻8号629頁(1993年)、額田・前掲注(9)103頁、須永醇「成年後見制度の今後」月刊福祉11月35頁(1994年)、米倉・前掲(2)24頁。

- (14) 日本弁護士連合会司法制度調査会・前掲注(10)44頁。
- (15) 額田・前掲注(9)105頁、日本弁護士連合会司法制度調査会・前掲注(10)49頁。反対説として、道垣内弘人「成年後見制度私案(4)」ジュリスト1080号82-83頁(1995年)

第2節 身上後見

小賀野晶一

第1款 身上後見の開始等

第27条 (身上後見の開始事由)

- ①精神的又は身体的事由によって生活上の支援を必要とする成年者
[1]については、家庭裁判所は、本人の請求によって、又は職権
で[2]、身上後見[3]に付することができる[4][5]。
- ②前項の身上後見に付するにあたっては、家庭裁判所は原則として
本人に面会しなければならない[6]。

[1] 身上後見の客体は、「精神的又は身体的事由によって生活上の支援を必要とする成年者」をいう。成年者という語は民法典上にはないが、未成年者に対応するものとして位置づけることができる。

本私案は、支援法としての機能を十分に果たすため、その客体をかなり広範囲にとらえている(1)。「生活上の支援」を必要とする者を具体的に掲げると、寝たきり、痴呆症、知的障害(精神薄弱)、精神障害、身体障害(ろう・あ・盲、車椅子使用など)、事故の重度後遺障害、アルコール・薬物中毒、入院を要する病気、酸素吸入器の常時使用などの症状を有する者のうち、相当数の者がその範囲に入るであろう。ただし、留意すべきは、本私案ではそれら相当数の者のうち身上後見の必要がある者を考えており、精神又は身体に障害のある者が直ちに身上後見の客体になるわけではない、ということである(2)。また、例えば、既に身上代りに付されている者、事実上の世話を受けている者についても、身上後見の必要があるかどうかを吟味しなければならない。さらに、ある程度継続的な支援を必要とする者とすべきであるから、一時的な要支援状態(足の骨折など)の場合は本私案の対象外となる。

「生活上の支援」は、医療、看護、介護、日常生活上の援助などあらゆる態様の行為を含む。医療、看護、介護、日常生活上の援助は、従来の使用例に従う。このうち、日常生活上の援助とは、食事、手洗い、入浴、炊事、洗濯、買物等の援助(家

事・生活上の援助)をいい、それらの一部を介護に含める例もある。介護と日常生活上の援助との違い、あるいは、介護・日常生活上の援助と、しばしば用いられることがある介助との違いについては、必ずしもはっきりしない。福祉諸法などがどのように定義し、実際にどのように使用されているかを調査することも有益である(3)が、本私案では、それらのいずれの態様にあっても、生活上の支援を必要とする者を救済対象にするととらえ、各概念を整理することまでは不要と判断した。

「支援を必要とする」こと、すなわち要支援は、「精神的又は身体的事由」を原因とする。成年後見法を支援法として十分に機能させるためには、身体的事由と精神的事由とを分けて、どちらか一方の事由に限るとする必要はない。ケースによってはそれら双方の事由が影響するし、区分そのものが困難な場合も少なくない(4)。例えば、身体的機能の低下による介護を全て社会福祉の政策問題としてしまうのは、そのような実態に合わないこともあり、この方面における私法の機能を限定してしまう(5)。本私案では、いずれの原因であっても、生活上の支援を必要とする者であれば法の客体として含めることとした。

身上後見の客体となる者を「能力」を基準に定義すると、身上処理能力又は身上監護能力の減退者ということもできる(「監護」ではやや強圧的な感じを受けるという意見が福祉関係者にはあるとの指摘が研究会においてなされたため、以下では身上処理能力という)。ここに身上処理能力の減退とは、医療、看護、介護、日常生活上の援助を必要とする(要支援)状態、すなわち、自らの身上に関する処理を的確に行うことができない状態をいう。この状態のなかには、自己の窮状を関係者に的確に知らせることができない場合(意思疎通(伝達)能力が減退した場合)が含まれる。意思疎通能力と身上処理能力とを別に掲げることでもできるであろう(6)。身上後見は、本人の残存能力を尊重し、残存能力に基づく自己決定権を尊重する法定制度である。これは、現行制度の、能力をあるかないかでとらえる伝統的な能力論から決別することを意味する。

「生活上の支援を必要とする者」かどうかの認定は家庭裁判所が行うが、医学など専門的判断を必要とする場合もあるから、これを適正、円滑に行うためには第三者機関の助力を求めるべきである。医療、福祉など既存の関係機関の関与を求めつつ、新たな機関として能力判定センターを創設することが考えられる(7)。

本私案のように客体を広くとらえることは、支援法としての機能を拡大させることになるが、他方で、制度が十分に機能するかが懸念される。これについて、身上後見制度のうちにあっては、家庭裁判所を充実させ、それによる適切な制度運用が期待される。制度の基本的考え方についても、成年後見法の基本原則として要求される「必要性の原則」を十分に働かせるべきである（その意味からも、後述する面会は重要な意味を有する）。

ちなみに、民法858条1項は、「禁治産者の後見人は、禁治産者の資力に応じて、その療養看護に努めなければならない」と規定し、後見人に対しその職務の一つとして、禁治産者の療養看護に努める義務を課す。この療養看護について、それが医療・看護に限定されるか、介護・日常生活上の援助も含まれるかが必ずしも明確でない。前者はいうまでもなく後者であっても、療養看護の客体となるべき者があり得る（民法7条参照）ことを考慮すると、身上に関しては民法の規定は不十分といわざるを得ない。身上後見法にはこの点を改善する役割が期待されているのである。法律論としては、要支援者がおかれている状況を直視して、民法における禁治産者の療養看護（858条1項）、扶養（877条以下）などの規定（これらは精神・身体的弱者保護の規定ととらえることができる）が今日いかなる機能を果たすべきかを明らかにし、それらの規定を要支援者の救済という視点から実質的に再構成することが求められている。

[2] 身上後見の発動は「本人の請求によって、又は職権」による。本人とは被身上後見人のことである。研究会の当初素案では、身上後見発動前は本人、発動後は被身上後見人と分けていたが、紛わしいため本私案ではいずれも本人と呼称することとした。

職権は、家庭裁判所による後見的関与の一つと考えることができる。財産後見人の場合と同趣旨である。

[3] 身上後見とは、生活に関する事務をいかに処理するかを決定する権限、すなわち、身上に関する決定権限をいう（事実行為をすることではなく、決定権限ととらえることの意味については本私案2条の注[2]参照）。

[4] 身上後見に付するかどうかは家庭裁判所の裁量にゆだねられるべきであり、「できる」は文字通りに解される(8)。

既に身上代行（本私案第3章第2節）に付されている者に対して身上後見の発動はあり得るか。考え方は分かれるが、「補充性の原則」の趣旨（本私案1条の注[5]参

照)を考慮すると、その身上代行事項について身上後見の発動は認められるべきではない。ただし、この場合、任意制度としての身上代行為が適切に機能していることを前提とするから、この点に問題があれば、成年後見法の大原則である必要性の原則が働き、法定後見としての身上後見の発動が認められることがある。その身上代行事項以外(=身上代行人の権限外)の事項について身上後見の必要があると認められる場合には、身上後見の発動があり得る。

現に介護など事実上の支援がなされている場合でも、身上後見の必要があればその発動が認められる(9)。しかし、事実上の支援がなされる結果、身上後見の必要がないと認められれば発動は認められない。

以上のように、「補充性の原則」は法定後見と任意後見(加えて、その他の態様の援助)との関係を問うものであるのに対し、「必要性の原則」は法定後見を必要とするかどうかを問うものであるという点において、両者は視点を異にする。ただ、「補充性の原則」の判断にあたっては、どのような支援を必要とするかが明らかにされなければならない、「必要性の原則」からの吟味が求められる。

ところで、事実上の支援を行う者に対して、身上後見人と同じような権限を与えることができるだろうか。制度のあり方としては考慮に値するが、本私案が手当する、身上後見人に対する裁判所の関与がはずれるとなると、身上後見を創設したことの意味を減殺し、あるいは、身上後見を潜脱するために利用されるおそれもあるので、認められないと考える。ただし、それらの者も当該ケースにおいて身上後見人として適切だと判断される場合には、本私案に基づく身上後見人として選任することができる。なお、イギリスで提案されている「日常生活の支援のための簡易な仕組」(新持続的代理権授与法(CPA)における general authority to act)(10)は機動的な仕組として魅力的であるが、検討中であり未知数のところも多いから状況を見守ることとしたい。

[5] 身上後見の仕組を一元的に構成するか、それとも多元的に構成するかは成年後見法の論点の一つである(11)。身上後見の場合は、身上処理能力の連続性や多様性を考えると、多元構成の基準を設けることは困難であり、实际的でない。それぞれの能力の状況、特徴を考慮し、それぞれの要支援状態に応じて、弾力的、個別的に支援の方法・内容を決定することが必要であり、そのためには一元的構成が優れている。本私

案は、一元的構成のもとに、本人の状況に応じたきめ細かい支援をしていくことを目的とする。

[6] 身上後見に付するかどうかの決定にあたり、家庭裁判所が本人に直接面会することを明示した。身上後見の場合は、支援の要否は本人のおかれている状況を書類だけで判断することは不十分であることが強調されなければならない。なお、面会の趣旨は以上のとおりであるから、本人の状況を的確に示す客観的資料がある場合など、書類だけでも支援の要否を判断できる場合は、例外として面会は不要となろう。

面会は、実際には裁判官又はその補助者が行う。補助者としては、家庭裁判所調査官や、家庭裁判所によって指定された者、例えば、医師、看護婦（看護師）や、介護の専門家等も含まれるべきである⁽¹²⁾。

面会は、身上後見に付するかどうかの決定に有益なだけでなく、身上後見人の職務範囲の決定（本私案28条）にあたっても有益である⁽¹³⁾。

第28条（職務範囲の決定）

家庭裁判所は、身上後見に付する旨の決定をするにあたって、本人の生活上の支援の内容および範囲〔1〕〔2〕を決定しなければならない。

[1] 身上後見人の職務は決定権限を行使することであるが、その対象となるものは、医療、看護、介護、日常生活上の援助が広範に含まれる。これらのなかから、本人の状況に応じた支援の内容および範囲が決定されることになるのである。

生活上の支援の内容および範囲はケースにより様々なものが考えられるが、これを予め特定し列挙することは困難であり、また、妥当でない。そこで、本私案では、身上後見人の職務範囲の決定を家庭裁判所にゆだねた。一元的構成をとることからくる要請である。

[2] 生活上の支援の内容および範囲として、尊厳死、安楽死を認めることができるかどうかについては議論が分かれるであろう。これについては、仮に尊厳死、安楽死自体を肯定するとしても、その要件として本人の明確な意思（宣言）に基づくことを要するとすべきであるから、それらを身上後見人の職務範囲に含めることはできないと解

すべきである。脳死による臓器移植についても同様のことがいえる。

このように、本私案ではかかる終末期医療の重要問題を対象外とするため、成年後見法の機能はその限りで限定される。しかし、終末期医療とその周辺医療の現場では、本人又は第三者の判断（決定）を必要とする事項があるから、そこにおいて身上後見法の果たすべき役割は小さくない。

第2款 身上後見人

第29条（身上後見人の選任）

- ① 身上後見人は、本人の希望を尊重して〔1〕、自然人〔2〕又は政令で定める団体〔3〕のなかから、家庭裁判所がこれを選任する〔4〕。身上後見人が欠けたときも、同様である。
- ② 本人が入所・入院する施設又はその構成員は、身上後見人となることができない〔5〕。
- ③ 第1項において身上後見人となるべき者がいないときは、家庭裁判所は市区町村を身上後見人に選任しなければならない〔6〕。

〔1〕 家庭裁判所が身上後見人を選任するにあたっては、本人の希望を尊重しなければならない。希望の尊重は財産後見においても財産後見人の選任およびその権限行使について要求されている（本私案9条1項、17条1項）が、その趣旨は同じである〔14〕。希望は、実際には本人との面会（本私案27条2項）の際にうかがうことになるが、本人が既に希望を述べることができない状態になっているときでも、事前に家族や友人に希望を託していたときは、それを尊重すべきである。

なお、制度を円滑に運用するためには、身上後見人の候補〔15〕を予めプールしておく必要があり、その仕組を市区町村、その他の団体のなかに別途つくることが有益である。

〔2〕 自然人については、本私案10条および38条の欠格事由に従う。家族はもちろん、第三者も身上後見人となることができる。これは、近時強調される、「介護の社会化」、

すなわち、「家族介護から地域的・社会的介護へ」の動きに対応するものである。ただ、このことは、家族の重要性を否定するものでないことを確認しなければならない。家族は要支援者に最も近い者として、可能な限りで介護等の問題に実質的に関与すべきであり、身上後見はそのための仕組として位置づけられるべきである(16)。家族は身上後見人となることにより、決定権者として、事実上の支援、特に、介護、日常生活上の援助の一翼を担うことができるのである。

- [3] わが国における今後の身上後見の需要を考慮すると、身上後見の主体を自然人だけでなく、一定の団体にもゆだねなければならない。身上後見人として不適切な団体を自然人と同様に欠格事由として掲げることも考えられるが、不適切な団体を予めひろいあげることにはかなり困難である。むしろ、身上後見に求められる職務内容を考えると、一定の基準のもとに身上後見の主体として適切かどうかを個別に吟味し、適切と判断される団体を選別すべきである(17)。団体は法人格の取得を要件とすべきであるとの提案も有力であるが、適切性を実質的に吟味する場合には、そのように考える必要は必ずしもない(18)。この点、適切性のチェックを、政令と家庭裁判所に二重に求めることの意味は大きい。

身上後見の候補となる団体としては、身上後見に係る専門性を具備するものであるか、あるいは、介護等において従来より果たしてきた実績を考慮することが必要である(19)。個別の選別は実際にはかなり困難な作業になるものと思われるから、客観的な目安（例えば、社会福祉法人として3年の活動実績があり、過去に不祥事がなく今後もないと判断されるもの、など）を設け、ある程度画一的に処理することが必要となるであろう。例えば、社会福祉協議会、福祉公社、保健所、その他の選別された団体等(20)が考えられる。いわゆるボランティア団体に対し新たな活動の場を提供することも必要である。

- [4] 身上後見人は、要支援者の傍ら（支援が可能であれば距離的に近接している場合に限られない）において、決定権限を行使することにより本人の生活を支援することを任務とするものである。公的介護保険において一定の役割が与えられているコーディネーターや、「臓器移植法」（臓器の移植に関する法律、平成9年法律104号）のもとで移植医療を支える移植コーディネーターも、基本的には身上後見人と同様の任務を担っている。身上後見の仕組のなかにそれらコーディネーターが関与してくることも考

えられる。家庭裁判所が身上後見人を選任するにあたっては、これらの動向についても考慮されることが望ましい。

[5] 本私案では、Aが現に入所・入院する施設（病院を含む、以下同じ）又はその構成員はAの身上後見人となることができないことを明らかにした。かかる立場にある者は一般的にみて権限濫用のおそれがあるから（このことは理事などの代表者のみならず、構成員一般に妥当する）、はじめから欠格者として扱うべきであるとする研究会の多数意見に従ったものである⁽²¹⁾。もっとも、このような扱いは財産の管理については妥当すると思われるが、身上後見については実際的でないところもある。身上後見を担う者のうち、特に介護の知識を有する者の数・体制（いわば高齢者介護の基盤整備の一つ）は、新ゴールドプランの推進等により現在その整備が進められているものの、現状では決して十分ではない。他に適切な身上後見人を確保できない場合に、いきなり公後見人が登場するのではなく、かかる施設であっても、本人が希望し、家庭裁判所が信頼できると思慮するなら身上後見人として認めてもよい、とする考え方もあり得ないわけではない。身上後見人の任務遂行の適切性や、権限濫用の抑止については、家庭裁判所の監督に期待することとし、当該施設も身上後見人の候補となり得るとする途も一つの選択であろう。しかし、いやしくも身上後見人たんとする者は形式的にも疑いをもたれることがあってはならない。本私案では実質、形式双方において制度の信頼性を維持、確保することをより重視した。当事者間における高度の信頼関係の尊重や形式性の重視ということについては、信託法の考え方（例えば、受託者の権利取得を制限する22条。忠実義務ともいわれる）に学ぶことができる。

[6] 適切な身上後見人を選択できないときは、地域の住民に最も身近な存在である市区町村が身上後見人（公後見人）とならなければならない、かつ、その場合にも家庭裁判所の選任行為を要することを明らかにする。このように地方自治体が身上後見人になることは、高齢社会における地方自治体の責務ととらえることができる。これは公的介護保険の主なる運用が地方自治体にゆだねられることと符合する。

第30条（複数身上後見人）

複数の身上後見人〔1〕を選任するときには、家庭裁判所はそれぞれの身上後見人の権限を明確に定めなければならない〔2〕。

〔1〕 本条は、身上後見人の複数選任が可能であることを前提にし、その場合の家庭裁判所の義務を明らかにする。身上後見人が複数選任されることにより、身上後見の適切性が全体的に確保されることが期待される。

事実上の支援については、医療、保健、福祉の各実務において相互の連携の必要性が求められている。身上後見は、その連携を支える基礎的仕組として位置づけることができる。いわば、それら各実務を実効的に稼働させるとともに、相互の潤滑油としての機能が期待されている。身上後見についても、事実上の支援と同様に、医療、保健、福祉の各専門性を考慮した選任がなされてもよい。例えば、医師は、医療を担当するとともに、その専門性を活かして医療の身上後見人になることもできる。

〔2〕 複数の身上後見人が選任された場合、それぞれの権限の内容が複数に分かれたりして、個々の身上後見の遂行上煩雑なことがある（民法典が後見人を一人に限るとした理由の一つはここにある）。各権限の範囲が衝突することもあり得る。その場合、生命、身体又は福祉に重大な影響を及ぼす事項は、それ以外の事項に優先する。また、概括的ないし一般的事項と特定事項とでは、一般法と特別法との関係にならぬ、原則として特定事項が優先すると考えるべきである。裁判所は複数身上後見人の選任にあたり、複数の身上後見人の権限をそれぞれ明確に定めなければならず、その際には、必要とあればそれらの優先関係についても定めなければならないと解すべきである（なお、本私案9条2項および同条の注〔3〕も参照）。

第31条（身上後見人の権限）

① 身上後見人は、一般の身上後見と医療の身上後見の双方又は一方につき〔1〕、その全部又は一部を行う権限〔2〕を有する。

② 身上後見人は、日常生活の維持に必要な身上後見の範囲において、本人の財産を管理することができる〔3〕。ただし、本人の資

力を考慮しなければならない[4]。

[1] 身上後見の態様には、「一般の身上後見」と「医療の身上後見」とがあり得る(22)。

「一般の身上後見」とは介護又は日常生活上の援助に関する決定権限をいい、「医療の身上後見」とは治療のための医療行為に関する決定権限をいう。看護は医療行為に関連して行われるという点で「医療の身上後見」に属するものであるが、介護又は日常生活上の援助に関連して行われる場合もあり(公的介護保険では介護サービスの一つとして訪問看護を掲げている)、その場合は「一般の身上後見」に属する。

「一般の身上後見」と「医療の身上後見」とを区分することは、当該身上後見の内容を特定するうえで便宜を与えるとともに、身上後見人の負うべき義務の範囲にも関係する(本私案34条の注[2]参照)。ただし、両者で本私案の身上後見の効果に差が生ずるわけではないという点では、両者の境界部分を厳密にする必要はなく、それはまた困難であろう。

居住のための賃貸借契約の締結、契約の更新など住居の確保や、居所指定等は、本人の生活のあり方と直結し、身上後見の要素として考えることができるが、財産の管理としての側面をも有することから、本私案では財産後見(15条2項1号、2号)でとりあげられる(23)。

本私案は医療におけるインフォームド・コンセント(十分な説明に基づく同意)の問題に直接触れないが、身上後見の趣旨を考慮して、成年後見としてもしかなるべき対応をすることが課題として残されているといえよう(この点について本私案32条の注[3]参照)。

[2] 前述(本私案27条の注[3])のように、身上後見人の権限は決定権限をいい、事実行為(医療、看護、介護、日常生活上の援助それ自体)を行う権限ではない。ただし、決定権限のなかには、医療、看護、介護、あるいは、日常生活上の援助を第三者に依頼するために一定の手配をなすべき権限が含まれていると考えることができる(24)。かかる手配は、決定権限のなかに当然に含められているとみるのが素直であろう。

例えば、身上後見人の任務を医療についてみると、適切な治療を受ける必要がある

と決定し、そのために病院等との間で治療契約を締結するなど、必要な手配を行うことがこれにあたる。本人の自己決定に役立つ助言や、関係当事者間の役割調整がなされる場合もある。治療契約を締結するための代理権は、その身上後見人の権限として当然に含まれている。

本条は身上後見人の権限について規定するが、身上後見を身上後見人の義務の視点からとらえようとする提案もある⁽²⁵⁾。両者でその実質は変わらないと考えるべきであろう。

- [3] 身上後見人に対し財産を管理する権限を与えるべきかどうかについては、研究会において意見が分かれた。一方、身上後見と財産後見の概念区分を論理的に貫き、身上後見人が財産の管理を行う場合は財産後見人としての資格でなすべきであるとする意見があった。他方、身上後見の遂行に必要な範囲に限定しつつ、身上後見人に財産の管理権限を付与してこそ身上後見を実効的に進めることができるとする意見があった。財産の管理権限といっても、例えば、日常的な財産の管理から土地の処分まで多様であり、こういうことも考慮する必要がある。

本私案ではこの両意見を考慮した。すなわち、身上後見の事務処理は円滑、迅速になされるべきであるから⁽²⁶⁾、身上後見人に財産の管理権限を認めることが実際的であるが、いかに身上後見のためとはいえ財産後見人でない者に重要な財産の管理権限までも認めることは問題があると考え、「日常生活の維持に必要な身上後見の範囲」に限定したものである。財産後見の仕組みを存置しつつ、身上後見人に一定範囲の財産の管理権限を与えても、概念の矛盾にならない⁽²⁷⁾。

ここに、日常生活の維持に必要な身上後見の「範囲」は、ケースによって異なるものと考えられる。ただし、「痴呆気味の父の土地を売って入院費用にあてる」(九州弁護士連合会『高齢化社会と財産管理——あなたに不安はありませんか』6頁(1994年))、などの場合には、日常生活の範囲を越えているものとして、財産後見人の選任を求めるべきであろう。

身上後見人に財産の管理権限が与えられることは、例えば、特別養護老人ホーム、有料老人ホームなどにおいてしばしば指摘される財産の管理のあり方をめぐる問題(管理権限の存否についての疑義から発する問題)を解消することに貢献するであろう。なお、近時、特別養護老人ホームの理事長が県から支給された措置費を私用に費

消したり、措置費から手当されるべき介護の諸費用を入所者が預けていた預金通帳を用いてその預金から引き落とすなど、悪質な事例が報告されているが、これらについては詐欺罪等の適用に加え、特に予防的視点から財産の管理に係る行政法上の規制を別途強化する必要が感じられる。

ここで「管理」とは処分を含めた意味に用いているが⁽²⁸⁾、それにしても「日常生活の維持に必要な身上後見の範囲」という限定がついていることはむろんである。

- [4] 身上後見人による財産の管理は、本人の資力を考慮して行われなければならない(民法858条1項参照)。本人の資力については、扶養義務者の資力や、同人が公的給付を受けている場合はそれを考慮すべきである(扶養法における従来解釈論を参照)⁽²⁹⁾。

第32条 (重大事項と家庭裁判所の許可等)

- ①治療施設等への入所・入院、危険性の高い医療行為、その他本人の生命、身体又は福祉に重大な影響を及ぼす事項^[1]に係る身上後見については、身上後見人は家庭裁判所の許可^[2]を得てこれを行わなければならない^[3]。ただし、緊急の必要があるときはこの限りでない。この場合は、身上後見人は事後すみやかにその顛末を家庭裁判所に報告しなければならない。
- ②家庭裁判所は、前項の規定にかかわらず、いつでも身上後見人に対し身上後見事項の報告を求め、又は、それについて必要な指示をもししくは処分を命ずることができる^{[4][5]}。

- [1] 治療施設等への入所・入院、危険性の高い医療行為は、本人の生命、身体又は福祉に重大な影響を及ぼす事項の典型例として例示されている。危険性の高い医療行為とは、大手術、遺伝子治療等の先端的医療、などが考えられる。不妊手術は、福祉に重大な影響を及ぼす事項に含めることができるであろう。以上の列挙はあくまでも例示であり、当該ケースに応じて具体的に判断されるべきである。かかる判断は第一次的

に身上後見人が行うが、その判断の適切性については家庭裁判所のチェックが働くことが求められるのである。

- [2] 身上後見について、身上後見人の裁量と、身上後見人に対する監督とは、相互に緊張し、ときに相反することがある。それらの場合に一定の調整が求められるが、本私案では本条（1項および2項）に定める形式と内容で対処することとした。

本条1項では身上後見事項のうち重大事項については家庭裁判所の許可を必要とした（民法858条2項参照）。身上後見が本私案の趣旨に基づき適切に行われているかどうかを監視する必要がある、その仕方として、重大事項について家庭裁判所の許可を求めたものである。監視方法としては他にも、家庭裁判所への「重大事項の届出」、「重大事項以外の身上後見事項（以下、通常事項という）の届出」などがあり得る。許可と届出を比べると、監視機能では許可の方がより徹底している。また、通常事項を1項に含めることは監視機能を徹底させることになる。しかし、これらのことは、家庭裁判所の処理能力を越えてしまうおそれがあり、現状のままでは無理であろう⁽³⁰⁾。他方、通常事項についてまで届出を要求することは、身上後見の職務執行に煩雑である。そこで一定事項にしばって許可を要求し、その他の事項は身上後見人としての合理的裁量にゆだね、それらが適切に行われることを期待することとした。

身上後見の重大事項を網羅的に列挙することは困難であり、また、重大事項はそれぞれのケースによって異なる。そこで、本条1項ではその一部を例示するにとどめ（限定列挙）、基本的には身上後見人の判断（合理的裁量）にゆだねた。

施設について、民法858条2項は「精神病院その他これに準ずる施設」と定め、やや限定的にとらえるが、これは禁治産者（実質的要件として心神喪失の覚況にあることが必要。民法7条参照）が制度の客体であることを考慮したものである。本私案はより広く生活上の支援を凶ることをめざすものであるから、そのように限定する必要はない。

- [3] 医療行為の同意権については、これを身上後見人に認めるべきであるとする見解⁽³¹⁾と、同意権の問題は成年後見法だけで対処すべきではないとの見解⁽³²⁾とがある。身上後見法に限定して同意権を扱うことも一つの途である⁽³³⁾が、同意権に関する議論が必ずしも成熟していないことを考慮し⁽³⁴⁾、本私案は後説に従った。ただし、同意権という形式はとらないものの、身上後見法のもとでも不適切な医療を監視、改善

させ、適切な医療を確保する必要性はある(35)。

同意権の概念は今後さらに明確にされ、法的にも承認されることになると思われるが、その場合でも、本私案では身上後見の客体を判断能力の減退者に限定していないので、身上後見の客体となっても判断能力が減退していない場合は同意権は本人自身に属するというべきである。身上後見人に一律に同意権を認めることはできないのである。

関連して2点付言する。第1、「医師の説明義務」は誰に対して行われるべきか。現実には医師の説明義務違反が債務不履行又は不法行為に基づく損害賠償責任の根拠となり得るから、この点を明確にしておかなければならない。まず、本人に当該医療の説明を受けるに足る判断能力があるときは、説明は本人に対してなされるべきであり、この点に異論はない(ただし、ここでの判断能力の判定を当該医師が単独でなし得るのか、それとも、複数の医師あるいは第三者の判定を要するかは問題となろう)。次に、かかる判断能力を有しないときはどうか。考え方としては、説明を必要とする説と不要とする説に分かれるであろう。当該医療の性質、程度、患者の状況などによって異なるとする説もあり得る。医療の実務上は家族(親等の近い者や同居する者など)に対し説明がなされてきた。しかし、説明の相手方に家族が登場する根拠は、必ずしも明らかでない(36)。後日の紛争回避への配慮が大きく働いているものと推測される。家族への説明が不適切な医療に対する事実上の免罪符とならないようにしなければならない。本私案に基づき身上後見人が選任された場合には、医師の説明義務の相手は家族ではなく、身上後見人となるべきである。ここでは、本人に最善の医療が行われるよう、医師と身上後見人との実質的連携が図られることが期待される。なお、説明義務は医療側に、同意権は患者側に、それぞれの根拠のもとに認められるものであるから、かかる説明義務の承認が直ちに身上後見人に同意権を認めることにはならない。

第2、本私案と、「精神保健福祉法」(精神保健および精神障害者福祉に関する法律、昭和25年法律123号)や、その他福祉諸法との関係が問題となる。例えば、「精神保健福祉法」は医療保護入院における「保護者の同意」について家庭裁判所の許可を要しないと(33条参照)、ただ、同意者が後見人である場合においてその同意をするには民法858条2項が適用される(「家庭裁判所の許可を要する」とする(35条)。

身上後見人の職務のうち、本人の人権、福祉に重大な影響を及ぼすものについては、後見人の事務処理に対して監視機能をもたせようとする民法の趣旨を尊重すべきであり、本私案ではこの趣旨を受け継ぐこととした。これと抵触する関係法規定については、削除、修正等の調整が望まれる(37)。

[4] 身上後見の通常事項についても、身上後見人の権限の濫用を防止するために、一定の監視が必要である。そこで、本条2項では、重大事項と通常事項とを問わず全ての身上後見事項について、家庭裁判所が関与することを認める。これが実効性をもつためには家庭裁判所の体制が整備され、十分に機能する必要がある、この点はわが国の成年後見法の議論において最も強調されてきたことの一つである。

[5] 財産後見については家庭裁判所の監視に加え財産後見監督人の監視が手当てされている(本私案19条以下)が、身上後見についてもこのように二重に監視する必要があるかが問題になる。身上後見について身上後見監督人をおくことは、財産後見と身上後見とを同様に扱うこととなり、法律の構成・内容に対する統一的な理解が得られやすい。また、身上後見の監視に伴う裁判所の負担を多少なりとも軽減することに貢献するであろう(もっとも、後見監督人の選任に伴う負担は加わる)。しかし、身上後見と財産後見とではその任務の基本的性質を異にすると考えられるから、両者の扱いを同一にする必要は必ずしもない。身上後見の任務は本人の生活全般に及ぶことから身上後見人の比較的自由的裁量(=弾力的判断)にゆだねられるべき場合も多く、この点についての処理が財産後見と異なっても法の構成上特に問題はない。難しい問題であるが、二重の監視は屋上屋を重ねること(38)、需要の増大が予測される身上後見の任務がより円滑に運用されるべきであること、後見監督人の報酬については問題がある(現行民法上は有償の規定がおかれていないから無償と解されるどころ、身上後見人と同様の理由から有償とすべきであるが、その費用の捻出は容易でない)こと、などを考慮し、身上後見については後見監督人をおかないこととした(39)。

第33条 (身上後見人の報酬請求権)

① 身上後見人は、当該身上後見について、本人に対し相当な報酬を請求する権利を有する[1]。

②本人に財産の余裕がない場合〔2〕には、国がこれを負担する〔3〕。

- 〔1〕 後見人の報酬は現行法では後見人からの申立により家庭裁判所の裁量によって決定される（民法862条、なお財産後見人につき本私案18条）が、本私案はこれを一步進め、身上後見人が報酬請求権を有することを明らかにする。身上後見は、本人の生命、健康、福祉に直接関係する重要な任務であり、かつ、相応の精神的又は身体的負担を伴うものであるから、無償の評価は適切でないからである。この理は身上後見の任務を第三者が担う場合はもちろん、家族が担う場合も同様である。家族については家族ということから別の評価もあり得ようが、身上後見の仕組が有する客観的価値に着眼すれば、それを第三者が担う場合と家族が担う場合とで、評価を異にすべきではない（ただし、家族の場合は報酬請求権が行使されることは事実上少ないであろう）。有償性の保障により、より良質な身上後見人を広範に確保し、この制度の維持・定着に貢献することが期待される。なお、このように処理することはボランティアにおける無償性の価値をいささかも減じるものではない。
- 〔2〕 財産の余裕がないかどうかは、身上後見の趣旨、当該事案の性質、内容などを考慮して個別に判断されなければならないが、現行法の仕組との連続性を考慮すれば、生活保護の受給者であること、などを参考にすることができる。
- 〔3〕 制度論としては公的介護保険の仕組のなかで身上後見人の報酬請求権を手当することも考えられるが、前述のように成年後見制度はそこでの議論の対象になっていない。一般に公的負担のあり方、方法については議論が分かれるが、本私案では、身上後見の重要性に鑑み、国が負担することを明確にした⁽⁴⁰⁾。

第34条（規定の準用）

第11条〔1〕、第17条〔2〕の各規定は、身上後見人にこれを準用する〔3〕。

- 〔1〕 身上後見人の辞任・解任については、財産後見人と同一に扱う（本私案11条）。
- 〔2〕 身上後見人に認められる権限は、人権、福祉に配慮して行使されなければならない

(本私案17条) (41)。身上後見について補足しよう。

この義務は、善管注意義務と同様の義務であるが、善管注意義務が主として財産の管理を対象にした概念であること（管理ということばに抵抗を感ずるとする意見もある）、および、身上後見と財産後見とでは、各後見人の注意義務の性質・内容も同一でないことから、以下、善管注意義務といわず福祉配慮義務と呼称する。

身上後見における福祉配慮義務の範囲については、各ケースの状況に応じて具体的に明らかにされるべきである。一般的には、身上後見人の決定権限の適切性を担保するために、「一般の身上後見」については決定事項が的確に行使されているかどうかの点にまで及ぶものとする。これに対し、「医療の身上後見」では、医療行為は医師等の専門的かつ裁量的行為であるから、その適切性については原則として福祉配慮義務は及ばないと考えるべきである。医療の場合は、本人を適切な医療機関に引き渡し、あるいは、同人の症状を医師等に伝えることにより、身上後見人の義務は一応尽くされたとみるべきである。もっとも、不適切な医療が行われていることを知り、あるいは、それが客観的に明らかの場合において、身上後見人が適切に対応しない場合には、福祉配慮義務に違反することとなる。

福祉配慮義務の違反は、身上後見の任務に適しないものとして、身上後見人の解任事由となる（本私案11条2項参照）。

[3] 財産後見の規定の準用にあたっては、法定制度としての成年後見制度の趣旨を十分に考慮し、財産後見と身上後見とを同一に処理する必要があるかどうかという視点が重要である。規定の準用が少ないことは、それだけ身上後見の独自性が現れているとみることもできる。本私案では上記2カ条を準用した。

最後に、身上後見における公示について述べておこう。本私案では、身上後見について特に公示の規定をおかなかった。成年後見についての公示の要否や、公示を必要とする場合にどのような種類の公示をおくか、などについては議論が分かれる。しかし、公示の主たる機能が財産取引における権利関係を明確にし、取引安全を図ることにあることを考慮すると、かかる公示は基本的には身上後見になじまないものといえよう(42)。本私案では、身上後見人も一定範囲で財産の管理権限を有することから、その限りでは取引安全に関係する。詳細は財産の管理の問題として検討されるべきであるから、財産後見ないし持続的代理権の議論にゆだねることとする。

〔注〕

- (1) 米倉明『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』7頁-8頁、36頁（勤トラスト60、1995年）、新井誠『高齢社会の成年後見法』187頁（有斐閣、1996年）、関東弁護士連合会『高齢者の財産管理——新しい成年後見制度を考える』167頁（1996年）。身上後見法の構築にあたっては、実態を十分に観察したうえで、この問題に対するポリシーを明確にし、民法と医療・福祉・保健各法とのあるべき関係を総合的に明らかにしなければならない。
- (2) こう解することによって、道垣内「私案(三)」ジュリスト1078号122頁（1995年）の指摘する問題点を回避できる。
- (3) 例えば、社会福祉士および介護福祉士法は、入浴、排泄、食事その他の介護（2条2項）といい、介護を日常生活上の援助を含めてとらえている。
- (4) 現行法における判断能力判定の運用実態については、西岡清一郎「東京家庭裁判所における禁治産・準禁治産宣告事件の実情」自由と正義47巻7号40頁以下（1996年）。なお、老化現象、老人性痴呆が原因の肢体不自由者は、身体障害者として認定される（児島美都子監修『高齢者福祉Q&A』211頁（中央法規出版、1994年））。
- (5) 高齢化による身体的機能の低下による介護は社会福祉政策の問題であり、精神的機能の低下による支援は民法上の問題であるとする見解（揖斐潔「高齢社会の到来」民事月報51巻10号3頁以下（巻頭言）（1996年）。他に、丸山健「新しい成年後見制度の創設に向けて」NBL590号15頁以下（1996年）、山崎潮「民事立法の今後の課題」NBL600号34頁（1996年）は、民法体系を尊重する。法務省の成年後見問題研究会が1997年9月30日に公表した『成年後見問題研究会報告書』もほぼ同じスタンスに立っている（ただし、修正の余地を残す柔軟なまとめ方がなされている）。他方、法務省での検討に関連して、升田純「高齢者等をめぐる法律問題の概要と高齢者法の体系化——連載に当たって」判例タイムズ922号51頁（1997年）は、民法の一般法としての制約があるが、高齢者を前提とした規定を採用することも重要な視点であると指摘する。統合的検討の必要性を強調するものとして、関東弁護士連合会・前掲182頁、右田勸「成年後見制度はどのような場面で必要とされているか」自由と正義47巻7号46頁以下（1996年）なども挙げる事ができる。ここでの問題は、民法、福祉法がどのような機能を果たすべきかという基本問題を内包するが、支援という目的を實現するために、民法と福祉法とを対立的にではなく、密接に関連するものとしてとらえることが必要である。換言すれば、身上後見法（および身上代用法）では福祉諸法とのネットワークを構築することが求められなければならない。
- (6) 近畿弁護士会連合会人権擁護委員会『高齢者・障害者の権利擁護制度の確立をめざして——成年後見制度と弁護士の役割』110頁（1996年）、額田洋一「成年後見法制定要綱「私案」」ジュリスト1055号104頁（1994年）、井上計雄「成年後見制度の立法提言（上）法定後見制度について」民事法情報122号7頁（1996年）、久岡英樹「成年後見制度の立法提言（下）任意後見制度について」民事法情報123号6頁（1996年）を参照。
- (7) 米倉・前掲注(1)12頁。西山詮「民事精神鑑定」判例タイムズ941号84頁（1997年）も同旨。
- (8) 井上・前掲注(6)8頁も同旨。

- (9) 近畿弁護士会連合会人権擁護委員会・前掲注(6)116頁。
- (10) 新井誠「イギリスとドイツにおける任意成年後見法の動向」ジュリスト1061号138頁（1995年）、研究会（1996年）における新井報告を参照（CPAは継続的代理権授与法とも称されるが、現行のEPAを発展的に吸収するものであることを考慮し、新井教授の命名にならうこととした）。CPAについて、S.M.クレットニー（講演）「イギリスにおける高齢者と法」家族〈社会と法〉12号13頁-14頁（1996年）が言及する。
- (11) 須永醇「成年後見制度の今後」月刊福祉11月号（NOV'94）34頁（1994年）。
- (12) 岡教授は、ドイツ、オーストリアの補助官制度に注目される。岡孝「ドイツ法・オーストリア法総論」須永醇編『被保護成年者制度の研究』285頁、287頁（勁草書房、1996年）。ドイツ、オーストリアの成年後見制度の裁判手続については、阿部潤「オーストリア・ドイツの成年後見制度——その裁判実務を中心に」家庭裁判月報49巻11号1頁以下（1997年）参照。
- (13) この点、ドイツ、オーストリアの実務——ただし、世話人の任命手続は非訟事件手続法に規定される——に学ぶべきである。田山輝明「ドイツにおける新成年後見制度の手続と組織」『続現代民法学の基本問題』（内山尚三、黒木三郎、石川三郎、石川利夫先生古稀記念）671頁 672頁（第一法規、1993年）、岡・前掲注(12)271頁。また、新井・前掲書187頁は、比較法からみたわが国の立法論のなかで、本人審問の明文化を提唱する。
- (14) 道垣内弘人「成年後見制度私案(仮)」ジュリスト1078号78頁（1995年）。
- (15) 拙稿「身上監護制度論(3)」ジュリスト1093号109頁-110頁（1996年）。
- (16) 身上後見法の構築は、身上後見の任務を家族以外の第三者にも求めるが、このことは要支援者に対する家族のかかわりを希薄化してよいということの意味するものではないと考える。拙稿「身上監護制度論(1)」ジュリスト1090号116頁（1996年）。
- (17) 近畿弁護士会連合会人権擁護委員会・前掲注(6)112頁も同旨（ただし、法人とする）。
- (18) 現状では法人格の取得が困難であることを考慮する。したがって、「特定非営利活動促進法」（仮称）（いわゆるNPO法）が成立し、実質を備えた団体がもっと容易に法人格を取得することができるになれば、身上後見人となり得る団体の要件として法人格の取得を要求することが合理的であろう。
- (19) 介護・看護・医療にかかわる専門職としては、ホームヘルパー、医師、看護婦（看護士）、保健婦、理学療法士、作業療法士、医療ソーシャルワーカー、介護福祉士、ケア・ワーカーなどがある。これらの者は、専門家として事実上の支援を行う者であるが、身上後見人の候補としても適格である。身上後見法は、かかる既存の専門職にある者に対し身上後見の権限を与えることを任務の一つとすべきである。
- (20) 例えば、(社)日本社会福祉士会。その構成員である社会福祉士の職務内容をみると有力候補として挙げられてよい。日本弁護士連合会（あるいは各地の弁護士会）、日本司法書士会連合会（あるいは各地の司法書士会）は、財産管理の専門家として、成年後見制度のネットワークのなかで身上後見の任務に関与することもできよう。このことにつき、日本司法書士会連合会『高齢者財産管理の実務と理論』45頁、94頁（1997年）参照。

- (21) 日本弁護士連合会司法制度調査会『成年後見法大綱（中間意見）』（1996年12月24日）38頁は、本人が現に入所する施設およびその役職員を欠格とする。拙稿「身上監護制度論(3)」109頁はこれら施設等を一般的に欠格者として掲げることをしなかった。
- (22) 米倉・前掲注(1)28頁。
- (23) 高木佳子「高齢者の住居——住居の確保を中心として」判例タイムズ936号63頁（1997年）は、住居の確保、決定に関する事項を身上後見（身上監護）の対象としてとらえる。住居の確保、決定を、身上後見の視点から行う場合と財産後見の視点から行う場合とではその範囲、効果が同一でないとする考え（私見）もあり得よう。拙稿「成年身上監護制度論(1)」ジュリスト1090号115頁（1996年）参照。
- (24) 阪田健夫「高齢者等の介護サービスの確保」判例タイムズ937号78頁以下（1997年）が、四事例を掲げて検討している。
- (25) 近畿弁護士会連合会人権擁護委員会・前掲注(6)111頁。
- (26) 現行実務における後見人選任の視点を述べる田山輝明ほか「成年後見制度をめぐって」法の支配97号57頁（仁平総意見）（1995年）参照。四宮和夫『民法総則』（補訂4版）53頁（弘文堂、1996年）が、未成年者・準禁治産者が禁治産宣告を受けた場合の解釈問題について、「療養看護と財産管理を同一人にやらせるのが適当」とするのも、効率性の要素が考慮されている。
- (27) 研究会における米倉教授の指摘による。
- (28) 本私案では財産の「管理」のなかに処分をも含めるが、財産の管理と処分とを区別することも可能である（信託法1条参照）。
- (29) なお、公的介護保険では現金支給について議論が対立するが、介護だけでなく身上後見が実効的に進められるかどうか視野に入れるべきである。公的介護保険では成年後見は検討外として扱われる（例えば、厚生省高齢者介護対策本部事務局監修『高齢者介護保険制度の創設について』（ぎょうせい、1996年）には成年後見の視点はみられない）結果、公的介護保険自体が現状では魅力に欠けるものとなっている。かかる状況を考慮すると、成年後見の議論では公的介護保険との連携を積極的に主張する必要があると考える。この点、高齢社会対策大綱（1996年）が「痴呆性老人の権利擁護のためのシステムを検討する」と述べたことは、けっして十分とはいえないが、福祉法と私法との連携の可能性を示唆するものともいえる。成年後見と公的介護保険とは車の両輪とよばれることがあるが、両者が単に並存するというのではなく、密接に関係するものとして存在しなければならない。ここでとりあげた現金支給はその一つに過ぎない。
- (30) 野田愛子「成年後見制度の展望」ジュリスト1059号170頁注20（1995年）、深見玲子「わが国における成年後見制度の現状と若干の提言——禁治産宣告事件等を中心として」家庭裁判月報48巻7号27頁（1996年）。ドイツにおける裁判官の苦勞につき、田山ほか・前掲「成年後見制度をめぐって」69頁（田山発言）。家庭裁判所の充実化が図られるとしても、その機能、制度運用のコストなどを考えると、任意後見制度（第3章第2節身上代行制度）が広く利用されることが望まれる（「補充性の原則」の徹底が必要）。
- (31) 額田・前掲注(6)104頁、井上注(6)・前掲8頁。

- (32) 道垣内弘人「成年後見制度私案(六)」ジュリスト1079号114頁(1995年)。
- (33) 日本弁護士連合会司法制度調査会・前掲注(2)10頁、19頁、近畿弁護士会連合会人権擁護委員会・前掲注(6)120頁。同意権をめぐり、例えば、輸血に際してのインフォームド・コンセントを義務づけるべしとする意見などが具体的に出されている。本人が意思能力等を喪失したために本人の同意が得られないときに、医療の現場では家族の同意を求めている。しかし、この、家族の同意に法律上の根拠があるわけではない。ここに成年後見法から明確な根拠と基準を提案することは意義があるう。
- (34) 医療法の改正に関する医療審議会における同意権をめぐる議論も一致していないようである(答申は1996年4月25日に出されたが、インフォームド・コンセントは努力義務にとどめられる)。
- (35) 関連して、前掲注(5)『成年後見問題研究会報告書』が、「本人の意思に反して医的侵襲、施設への入所等を強制されないこと」を強調している(50頁)ことに触れておきたい。本人の意思の尊重については異論はない。ただし、これを意思の減退した要支援者にそのまま貫くと、身上後見法は実質的に機能しなくなるおそれがある。例えば、身上後見の視点から一定の医療を必要とする場合に、要支援者の残存能力に基づく希望をきくことは必要であるが、減退してしまったところの「意思」に拘束されることはない。
- (36) 家族のきずな、自然の情愛、感情などは考慮されるべきではあるが、それらが同意の根拠として合理性を有するかは検討の余地がある。ちなみに、「臓器移植法」では、脳死による臓器移植の要件として、本人の書面による意思に加え、告知を受けた家族が拒まないこと(又は家族がないこと)が要件とされる(6条参照)。この結果、本人が移植を希望しても家族が反対した場合には移植ができない事態が生ずるが、この点は本人の意思が有する重み(あるいは、独立性)がその分減ずるとみることでもできる。残された家族の気持ちを考慮することもやむを得ないというべきであろうか。
- (37) 日本弁護士連合会司法制度調査会・前掲注(2)30頁は、「精神保健福祉法」の保護者制度は最終的に廃止する方向での検討がなされるべきであるとし、それが存続する間は「後見人はその職務範囲で定められた場合において保護者となる」とする。池原毅和「保護者の実務」判例タイムズ944号81頁(1997年)も同旨。身上後見法および身上代用法における人権保障の理念は、最高法規である憲法の基本的人権尊重の理念(特に、13条、25条参照)に求められるものである。
- (38) 米倉・前掲注(1)14頁。
- (39) 日本弁護士連合会司法制度調査会・前掲注(2)84頁も、後見監督人の廃止を提唱する。井上・前掲9頁は、後見監督人を裁判所の補助的、任意的機関として位置づける。
- (40) 額田・前掲注(6)107頁は、原則として報酬を得るものとし、日本弁護士連合会司法制度調査会・前掲注(2)53頁は報酬請求権を認め、さらに、被後見人に財産がない場合には国庫補助をすべきである、とする。
- (41) 近畿弁護士会連合会人権擁護委員会・前掲注(6)121頁、額田・前掲注(6)105頁は善管注意義務というが、その内容は同じである。
- (42) 身上後見の任務を適切に進めるためには、事実上の支援と身上後見との緊密な連携が必要であ

る。例えば、身上後見に付されたAが、B老人ホームに人居しつつ、C病院とD病院で治療を受けている場合、B～Dの全員がAの状況の全体を把握しておくことがそれぞれの目的を達するうえで望ましい。重複診療、異種の薬の投与による副作用等の危険性を回避することができ、適正な医療の確保とコスト削減につながる。1997年1月に複数の特別養護老人ホームで起きたインフルエンザ死亡事故は、福祉と医療との連携の重要性や、身上後見制度の必要性を示すものと受けとめることができる。かかる連携を可能にするため本人へのアクセスの仕方が確保されなければならない。身上後見人の職務範囲が広いこと、的確な情報管理の保障、アクセスの迅速性、近時の技術の進歩、出雲市など一部自治体によるカード（健康カードなど種々の名称がある）導入の経験、などを考慮すると、身上後見については財産後見と異なりIC（集積回路）カードの利用が推奨されてよいのではないかと考える。ただし、研究会では一部を除き、カード利用を支持する積極的な意見は出されなかった。

第3章 任意後見

第1節 持続的代理権

岡 孝

前注

[1] 本私案第2章で法定後見が用意されているが、これは、もっぱら要支援状態の成年者について適用されるものである。しかし、私人が、自己の財産についてどのような管理を希望するかの方針を立てたうえで、判断能力が十分あるうちに、あらかじめ信頼する第三者に依頼しておくことは、その者の自己決定権の尊重という観点から望ましいことである。ヨーロッパ、特にドイツ・オーストリアの成年後見法で前提とされている必要性の原則・補充性の原則⁽¹⁾は、本私案でも前提とされており、任意代理権の授与・委任により財産管理が可能ならば、法定後見を利用する必要は（当面）なくなるのである。このことは、家庭裁判所などの負担を軽減するという点からも必要なことである。しかし、このような任意代理権の活用は危険を伴う面もあることに注意すべきである。すなわち、本人の意思能力減退の時に初めて効力を生ずる代理権の場合（持続的代理権の定義については本私案35条及びその注[1]—[3]参照）、代理人をコントロールできる者はいないことになり、代理人の権限濫用の可能性が増大してしまう。したがって、この種の代理権を認める場合には、いかにして代理人の権限濫用をチェックし、代理人をコントロールするかが、制度設計のポイントになる（本私案2条の注[3]参照）。そこで、本節では、任意代理権の活用を期待しつつ、それに伴う危険性を極力排除できるよう規定を整備した。

[2] 家庭裁判所の関与を前提とする任意後見制度の整備については、法定後見制度下で選任される後見人に任意代理人をコントロールさせれば足りるとして、従来からその必要がないとの意見がある⁽²⁾。しかし、本人の能力の減退の有無の判断について医師の判断に依拠する（本私案36条参照）点では法定後見の場合と差異はあまりないが、後者の場合には、能力の減退の程度を判定し、後見人の権限を定める必要があり、単に能力減退のみを判断する場合に比べて必要な時間が長くなりがちであろう。その結果、保護が必要な時期に機敏に対応することが困難になるであろう。本私案では実体法のみを整備をめざしているので、法定後見人の選任手続などについては別に検討しなければならないが、ドイツ、オーストリアの例でもわかるように、選任手続

の過程では要支援者の権利を守るために手続世話人・手続保護人を選任して法定後見人（世話人）の選任の可否、その者の権限などについて慎重に審査することになっており⁽³⁾、保護の必要な時に迅速に対応できないおそれがある。もちろん、これらの国々でも選任手続中に保護の必要があれば、（後見）裁判所が暫定的な行為を仮世話人に認めることによって対処しようとしている。しかし、それはあくまでも緊急を要する事項について暫定的な処置に限定される（例えば、オーストリア非訟事件手続法第238条第2項⁽⁴⁾参照）。まさに、この期間に管理の必要性があることを予期して本人が任意代理人を選任して自己の意思・希望を実現しようとしている場合、上記の反対意見では本人のこの意思を尊重できないことになりかねない。本節の提案でも、意思能力減退の判定には時間がかかるが、決定後見人の選任に要する時間とは比べようもないほど少ない時間ですむように思われる。

また、法定後見の場合にも本人の意思の尊重は制度設計の際に組み込まれるであろうが（本私案9条1項、17条1項）、本人の判断能力がほとんどない場合には本人の意思の尊重といってもおのずから限界があろう。あらかじめ判断能力が十分なうちに公の機関に届けておき、後に家庭裁判所などがそれを尊重するという案⁽⁵⁾も考えられようが、そのためだけの事務をも家庭裁判所などに任せるということは現実性があるのだろうか。あるいは、そのためだけに一般人が家庭裁判所に自分の希望を述べるだろうか。さらには、後見人はだれだれにお願いしたいという希望を述べたとして、後日気持ちが変わってそれを変更したいという場合、いちいち家庭裁判所はそれに対処しなければならないのか。それでは事務が煩雑になってしまい、現実性のある提案とはいえなくなるのではないか。これらの疑問に加えて、本人が前に述べておいた希望とは別の意思を後日持つに至りながらそれを家庭裁判所では述べず、その後本人の判断能力が著しく減退して後見人選任手続に入った場合、おそらく最直近の本人の意思・希望についてはなんらかの方法で裁判官に説明できればそれが受け入れられようから、あらかじめ家庭裁判所に述べておくということはあまり意味のある制度とはいえないだろう。これに対して、任意代理の活用においては、まさに本人は代理人に自己の希望を完全に伝えることができるという点で、法定後見の活用の場合よりもはるかに優っている。

以上の点から、任意後見制度の活用には十分意義があると思われ、本節で持続的代

理権について規定を設けた（なお、本私案2条の注[3]も参照されたい）。

[3] 財産管理はしばしば代理行為を伴うので、本節では委任ではなく端的に代理に着目して規定を置いている。持続的代理権の定義については、本私案35条及びその注[1]-[3]参照。

[4] 任意後見人（以下では本私案に基づいた任意代理人を便宜上任意後見人と称することにする）がいる本人にも、任意後見人に与えられた権限以外の事務につき本人が処理できないなどの場合には法定後見人が選任されることが考えられる。この場合、従前の任意後見人の職務は自動的に終了し、後はすべて法定後見人が事務を処理するという考え方もあり得ようが、任意代理権授与契約において法定後見の開始により任意後見は終了するとの特約をしていない限り、当研究会は、両後見人は並存するという見解をとっている。任意後見人は、なんといっても本人の意思に従って選任されたのであって、できるだけこの者の行為を尊重することが望ましいこと、法定後見人は任意後見人の事務処理が本人の利益にならないと判断したときには、家庭裁判所に任意後見人に対するコントロール（場合によっては解任）を求めることができることの点から(6)、両後見人を並存させても本人の利益を損なうことはない。また、任意後見人の職務範囲をも含む事項について法定後見人が選任される場合、家庭裁判所は、任意後見人の処遇につき決定するであろう。すなわち、家庭裁判所に代わって法定後見人に任意後見人をコントロールさせて任意後見人の活動を継続させるか、あるいは法定後見人選任の際に任意後見人を解任するかを決定するであろう。したがって、法定後見人の選任手続においては、家庭裁判所は、任意後見人を手続に関与させて意見を十分に述べる機会を保障しなければならないであろう。なお、家庭裁判所は、法定後見人選任の際に、当該本人に任意後見人が選任されていることを知っていなければならないが、この点の手当は本私案37条2項でなされている。

第35条（持続的代理権の定義）

本人が単独で法律行為ができないほどその意思能力[1]が減退[2]した後にも継続する代理権、又はその時に初めて生ずる代理権（以下両者を持続的代理権という。）は[3]、本節の規定によるものでなければ

その効力を生じない[4]。

[1] これは、民法学で一般に使われている意味、すなわち、「通常人の正常な意思決定の能力」(7)の意味で使用しており、通説は承認しているものの、従来の法律では使われていない概念であるので、意思能力の減退について誤解を避けるために、「本人が単独で法律行為ができない」という具体的場合を挙げている。

[2] 減退の定義については、本私案1条の注[2]参照。

[3] 以下では、便宜上、本人の意思能力が減退した時に初めて持続的代理権の効力が生ずるタイプを本来型、従来から代理権の効力が生じていて本人の意思能力が減退した後にも効力が継続するものを継続型と称することにしている。

[4] 英米法と異なり、現行日本民法の解釈としては、通説は、本人の意思能力喪失後も代理権は有効に存続すると考えている(8)。しかし、この解釈には疑問がある(9)。本人の意思能力が喪失した以上は、代理人をコントロールする者がいなくなり、代理人の権限濫用の危険性が飛躍的に高まる。本人が当該代理人を信頼して依頼したのだから、権限を濫用されてもやむをえないとはいえないだろう。従来、この種の代理権が実務上ほとんど利用されてこなかったということは、このような危険性が認識されていたからではないだろうか。そこで、解釈論として、授権の際に代理人の権限濫用を極力抑止する方策を講じている場合にのみそのような代理権を有効としようとする見解が登場したが(10)、いずれの方策にも限界があり、結局代理人の権限濫用は家庭裁判所によりコントロールするのが一番効果的であるとして、本節のような提案に至った。そこで、家庭裁判所のコントロールに服させることによって持続的代理権という制度の信頼を確保するために、従来の無方式の持続的代理権の効力を否定することとした。

第36条（意思能力減限の判断）

①前条にいう意思能力の減退の有無は、次の各号により決する[1]。

1 本人が代理権授与証書で指定した医師[2]その他適当な者[3]の判断

2 本人が前号の指定をしないとき又は本人の指定した医師その他適当な者が判断しないときは代理人が指定した医師の判断

[4]

- ②代理人は、前項の判断がなされるまでの間において急迫の事情があるときは民法第103条に定めた権限を行使することができる**
[5]。

[1] 授権の際に、カナダ・アルバータ州法のように、持続的代理権の効力発生時点を例えば将来の特定の日（例：80歳の誕生日）としたり⁽¹¹⁾、あるいは、一定の近親者の判断を仰ぐということも考えられないではない。前者の場合、その特定の時点が到来しても本人の意思能力にはなんら問題がない場合は、通常の代理の問題として本法の適用を受けずに処理されよう（場合によっては本人は代理権授与を撤回することも考えられよう）。しかし、その特定の時点以前に本人の意思能力が減退してしまっても、その特定の時点の到来までは持続的代理権の効力は生じない。まさにそれが必要なときに活用できないという結果になる。近親者の判断を仰ぐという後者の場合、その近親者が本人より先に老人性痴呆症などにより意思能力が減退してしまう危険性もある⁽¹²⁾。以上の理由で、本私案は、このような案をとらず、本人の意思能力の減退については第三者たる医師等の判断によることとした。

[2] 本人の意思能力の減退について医師の判断に委ねたのは、私人の勝手な判断を避け、判定者の判断能力への信頼を担保するためである。したがって、精神科医などの専門医が本来は望ましいが、当面はそれに限定せず、意思能力の減退を判断できる医師ならば、その者の専門は問わない。

[3] 判断能力への信頼の担保のために判定者を一定の資格ある者に限定すべきだとすれば、品川区の「財産保全・管理サービス審査会」のように⁽¹³⁾、医師も含めた判定機関に本人の意思能力の減退の判断を委ねても問題はないはずである。品川区の例では当面品川区民がその審査会のサービスを受けるにとどまるが、将来、サービスの対象者を拡大する可能性も考えられよう。そこで、既存の（あるいは将来実現される）この種の団体による判定も医師の判定と同様に扱うことができるために、「その他適当

な者」を規定した。これは家事審判規則24条の文言にならったものである。当面考えられるものとしては、品川区の例のように(14)、委員会のメンバー中に医師が含まれていること、本人の利益を擁護することが制度的に保障されていること、適正手続にしたがって委員会が運営されていることなどが「適当な者」と判断されるための要件と考えられる。将来、この種の団体の活動が広く公に認知されていけば、医師に準ずる能力判定機関として政令による指定を受けることも考えられよう。その段階になれば、本項は「医師又は政令で定める者」に改正すべきであろう。

[4] 本人が意思能力の減退の判定者を指定しないなどの場合に、代理人が任意後見の制度を発動させる必要があると判断して行動できるような可能性を保障しておかねばならないであろう。さもなければ、代理人は、後日法定後見人などから善管注意義務違反による損害賠償責任を追及されるおそれがある。本号はそれに対処するための規定である。

[5] 本来型の持続的代理権（本私案35条の注[3]参照）は、本条1項により医師等が本人の意思能力の減退を判断した時に効力が生ずる。そこで、その判断がなされるまでの間に緊急の行動が求められる場合が考えられる。そのような事態に対処できるように本項が提案されているのである。

第37条（持続的代理権の授与）

①持続的代理権を与えるときは[1][2]、公正証書による等書面[3]によってしなければならない[4]。

②本人は、持続的代理権を与えたときは直ちに前項の書面を家庭裁判所に届け出なければならない[5]。

③代理人は、本人が第35条にいう意思能力を減退したときには直ちに家庭裁判所にその旨の通知をしなければならない[6]。

[1] 福祉関係機関、非営利団体（例：設立が提唱されている任意代理人センター(15)、営利法人（本私案9条の注[2]参照）、さらに弁護士などの専門家も代理人になることができるが、そのための特別規定は必要ないであろう。持続的代理人のなり手が見

つからない場合に、自治体や国が引き受けることも考えられなくはないが、この場合には法定後見で処理すべきであろう(16)。

- [2] 複数の代理人の選任は認められるが、各代理人の権限、代理人間で権限に争いが生じた場合の処理方法(だれの判断を最終的なものとするか)につき、授権の際に定めておくことが望ましい(争いがあれば、家庭裁判所が決定することになる)(17)。
- [3] 本人の能力の担保・代理人の不当威圧から本人を保護するためには授権を公正証書で行わせることが望ましい(18)。しかし、これだけに限定すると、持続的代理権の制度発動のハードルが高くなりすぎて、活用しにくい面は否めない。そこで、次善の策として、授権の際に複数の第三者の立会い(19)または複数の者の承認を要求し、この第三者・承認の資格を法定する(例えば弁護士、医師、福祉関係者など)ことも考えられる。そのうえで、授権がそのような立会人・承認者の署名も含んだ書面によってなされることによって、本人の判断能力が一応担保されるように思われる。このような方法をとることによって、現在自治体が考えている能力審査制度も(20)本提案のもとで生かすことができよう。立法技術としては、以上に述べたことを明文で定めるほうが疑義を生まないという点では望ましいであろうが、それを正確に・網羅的に表現することは困難であり、この点の条文化は見送った。最も徹底した立法論は、法定後見にも活用できる能力判定センターを設置して、そこで本人の能力を判定させることであろう。コスト、センター設置場所、人材、判定までの時間など問題は山積しているが、他の制度のためにも利用可能ならば、実現がまったく不可能ともいえず、検討に値する立法論といえよう。
- [4] 代理権授与証書には、最少限度、本人の氏名、代理人の氏名、それが持続的代理権の授与である旨(かつ、本来型または継続型[本私案35条の注[3]参照])の表示、代理権の範囲、さらには有償の場合には報酬額(一定額)もしくは報酬額を定める方法など(本私案40条参照)を明示する必要がある。持続的代理人が活動を開始した後で与えられた代理権の範囲が本人の保護にとって十分でないことが判明した場合には、不在者の財産管理人の規定のように(民法28条)、家庭裁判所に申し立てて従前の持続的代理人の代理権の範囲を変更したうえで活動させるということが考えられる。これは、持続的代理人の権限を広げる必要がある場合には、おそらく当該代理人がその旨申し立てるであろうから、これでも十分であろうが、逆に代理権の範囲を縮小する

必要があるときには、当該代理人からの申立は通常期待できないであろう。その場合には、法定後見制度への移行を考えざるをえないであろう。授權の範囲はできるだけ特定していることが望ましいであろうが、以上のような代理権の拡張・縮小などを考えると、あらかじめ、「私の所有する全財産の管理を委任する」といった包括的な代理権の授与も有効とせざるをえないであろう(21)。

[5] 家庭裁判所は、自らに設置している登録簿にその旨の登録をすることになる(22)。本条第3項の場合も同様である。この登録制度は、法律または規則で内容を定める必要がある。この登録簿は公開を原則とし、利害関係人はだれでも閲覧できる。これによって、第三者は、本人に持続的代理人がついているのか、代理権の効力は生じているのか、代理権の範囲はどのようなものかがチェックできることになり、取引の安全に資することになろう。

[6] 本人の意思能力が減退した時に初めて持続的代理権の効力が発生する本来型(本私案35条の注[3]参照)の場合、本人の意思能力の減退を家庭裁判所に通知しなければ代理権の効力は生じない。本人の意思能力が減退した後も代理権が継続する継続型(本私案35条の注[3]参照)で、本人の意思能力が減退した後に代理人が家庭裁判所に通知せずに代理行為をおこなった場合はどうであろうか。持続的代理人は当初から代理権を有しているのだから、取引の安全を強調して、それを有効とする見解もあり得よう。しかし、授權証書には継続型の持続的代理権であることが明記されていること、家庭裁判所で登録の有無が確認できること(前注[5]参照)を考慮して、継続型の場合にも本人の意思能力が減退すれば(家庭裁判所に代理人が通知するまで)、代理権の効力はいったん消滅する应考虑すべきであろう。取引相手方の保護は表見代理(民法112条参照)によることになろう。そして、持続的代理人に対しては、事後的に、家庭裁判所が本私案41条による監督権限を行使したり、状況によっては解任することになる(本私案42条4項参照)。

第38条 (代理人の欠格事由)

第10条は、代理人にこれを準用する[1][2]。

[1] 代理人の欠格事由としては、財産後見人の場合と区別すべき理由はないので、ここではこれについての規定を準用することにした。当然ながら、意思能力減退者も持続的代理人にはなれない。

[2] 代理人の具体例については、本私案37条の注[1]参照。

第39条 (代理人の義務)[1]

- ① 持続的代理人は、本人が第35条にいう意思能力を減退したときには[2]管理する財産の目録を遅滞なく調製しなければならない。
その費用は、本人の財産をもってこれを支弁する。
- ② 家庭裁判所は、持続的代理人に財産の管理及び返還につき相当の担保を提供させることができる。

[1] 通常、持続的代理権の授与は委任契約によってなされるであろうから、委任に関する規定、とりわけ民法644条、646条の適用があることはいうまでもない（本私案43条参照）。ただ、財産管理を主たる職務とする側面に注目し、これと類似の職務を有する不在者の財産管理人の義務を参考にして、本条で持続的代理人の義務をやや詳細に規定した。第1項は民法第27条第1項を、第2項は民法第29条第1項をそれぞれ参考にしている。

[2] この要件は、本来型（本私案35条の注[3]参照）の持続的代理権の場合には当然であり、もっぱら継続型（本私案35条の注[3]参照）の場合を念頭に置いて規定されている。継続型の場合は、本人の意思能力が減退しない段階から代理人は活動しており、その段階では本人のコントロールが可能なので、管理財産の目録調製は不要である。しかし、本私案35条の意味における本人の意思能力が減限した後は、本来型の場合と同様、本人は代理人をコントロールできなくなる。そこで、本人の意思能力が減退したときに、（家庭裁判所による監督の前提として）持続的代理人に目録調製義務を課すことにした。

第40条（代理人の報酬）

特約により持続的代理人が報酬請求権を有する場合において〔1〕、家庭裁判所は、本人、持続的代理人または本人の親族その他の利害関係人の請求により持続的代理人と本人との関係その他の事情により持続的代理人の報酬を増減額することができる〔2〕。

〔1〕 持続的代理権授与契約はつねに有償でなされるとは限らないので、有償の特約がある場合にのみ代理人の報酬請求権があることを明記した。

〔2〕 持続的代理権の効力は長期間にわたることもありえようから、時には報酬を増減額する必要がでてこよう。本条はそれに関する規定である。たとえ授権契約にこれに関する特約があっても、つねに妥当な結論が得られるとは限らないので、この場合でも本条により家庭裁判所の判断を仰ぐことができると解すべきである。

第41条（代理人の監督）〔1〕〔2〕〔3〕

家庭裁判所は、本人の親族その他の利害関係人の請求によって、又は職権で、持続的代理人に対して事務の報告もしくは財産目録の提出を求め、又は委任事務もしくは本人の財産の状況を調査し、又は本人の財産の管理その他委任事務について必要な処分〔4〕を命ずることができる〔5〕。

〔1〕 本条は、任意後見制度のかなめの条文である。とくに本来型持続的代理権は（本私案35条の注〔3〕参照）、その性質上、本人の意思能力が減退し（代理人が家庭裁判所にその旨の通知をし）た時に効力が生じ、その時には本人は代理人をコントロールできなくなっているのであるから、代理人の権限濫用の危険性が高まる（継続型の場合にも事情は同じ）。そこで、家庭裁判所のコントロールが必要になってくるのである。本条は、民法863条をモデルにしている。

〔2〕 本条に基づく調査により、持続的代理人の適格性に問題がある場合には、家庭裁判

所は、本私案42条4項にしたがって当該代理人を解任することができる（その後の措置については本私案42条の注〔6〕参照）。

- 〔3〕 法定後見人が選任されてその職務範囲に持続的代理人の職務内容も含む場合には、家庭裁判所のコントロール機能の一部を法定後見人に委ねることができると解すべきであろう（本私案第3章第1節前注〔4〕参照）。どの程度のコントロール権限を法定後見人に与えるかは別に（規則などで）規定を設ける必要があるだろう。一方では法定後見人に最終的な決定権限を与え、それに不服な持続的代理人は、法定後見人の解任を家庭裁判所に求めるか、あるいは判断の誤りを根拠として法定後見人に対して損害賠償を請求する（賠償金は本人の財産に組入れる）という考えがありうるし、他方では、見解の対立が起きた場合には家庭裁判所の判断に委ねることとし、その間は持続的代理人の処分行為などの停止を求める権限を法定後見人に与えるという考え方もありうる。

また、品川区の「財産保全・管理サービス」のように⁽²³⁾、チェック機構を備えている団体には、家庭裁判所のコントロール権限の一部を委ねることができると考えるべきであろう。しかし、その団体の判断に不服があるときには持続的代理人は家庭裁判所に不服申立をすることができるとすべきであろう。このような団体が増えることによって家庭裁判所の負担は軽減されよう。どのような団体にいかなる監督権限を委ねるか、さらには不服申立の方法・期間などについて、規則などで規定することが必要である。

- 〔4〕 必要な処分としては、持続的代理人の職務執行停止や財産の保全処分などが考えられる⁽²⁴⁾。

- 〔5〕 家庭裁判所は本条に基づいて代理人に助言を与えることができる、と解すべきであろう。カナダの例であるが⁽²⁵⁾、山荘は甥にやるから処分しないことと委任状に書かれていても、その後の状況の変化、例えば、本人の医療費支払いの資金を作るためにはその山荘を売却しなければならなくなったという場合が考えられる。この場合、代理人は家庭裁判所の助言を得ることによって、後に甥から訴訟を提起されても自らを守ることができよう。

第42条（代理の終了事由）

- ① 持続的代理権は次の事由によって消滅する〔1〕。
 - 1 本人の死亡〔2〕
 - 2 持続的代理人の死亡、第35条の定める意思能力の減退〔3〕、この者に法定後見が開始したとき、破産又は和議の認可決定〔4〕
- ② 本人は、いつでも公正証書などの書面によって持続的代理権の授与を撤回することができる〔5〕。
- ③ 持続的代理人は、病気もしくは事故その他やむを得ない事由により職務を遂行することができないときには、家庭裁判所の許可を得て辞任することができる。
- ④ 持続的代理人に不正な行為、著しい不行跡その他代理人の職務に適しない事由があるときは、家庭裁判所は、本人もしくは利害関係人の請求によって、又は職権で、これを解任することができる〔6〕。

〔1〕 本人に法定後見が開始しても従来の持続的代理権が当然消滅するわけではないことについては、本私案第3章第1節の前注〔4〕参照。

〔2〕 本人死亡後も一定の範囲では持続的代理人が事務処理をする旨の特約が結ばれる可能性があり、それは原則として有効であろう⁽²⁶⁾。ただし、事務処理の内容・期間によっては相続人の権利を権利を害する危険性があり、このような特約が認められる要件に注意すべきである⁽²⁷⁾。

〔3〕 意思能力の減退があるかどうかの判断は困難であり、実際上は本条第4項の「代理人の職務に適しない事由がある」場合として処理せざるを得ないであろう。

〔4〕 持続的代理人が法人の場合には、このほか、会社の整理や特別清算の開始が命じられた場合も代理権消滅事由になる。

〔5〕 この場合には、本人は撤回の事実を直ちに家庭裁判所に通知しなければならない。そして、家庭裁判所は、登録簿に登録されている持続的代理権を抹消しなければならない

ない（登録については、本私案37条の注〔5〕参照）。

〔6〕 持続的代理人を解任した後、本人の保護の必要性がある場合には、家庭裁判所は職権により法定後見制度に移行させなければならない。

第43条（民法の適用）

持続的代理権については、本章の規定によるほか、民法の規定による〔1〕。

〔1〕 必要な場合には（例えば、本私案39条の注〔1〕参照）、民法の規定とほぼ同じ内容を条文の形で採用している。それ以外には、本条で民法の規定の適用を予定していることを確認しておいた。

〔注〕

- (1) 岡孝「ドイツ法・オーストリア法総論」須永醇編・被保護成年者制度の研究（勁草書房、1996年）269頁以下、田山輝明「ドイツ世話法の運用の実情」野田愛子=田山輝明編・Q&A高齢者財産管理の実務（新日本法規、1997年）501頁以下、岡「オーストリアの運用の実情（必要性の原則）」同書508頁以下参照。
- (2) 道垣内弘人「成年後見制度私案(2)」ジュリスト1075号（1975年）95頁以下。
- (3) 岡・前掲注(1)「ドイツ法・オーストリア法総論」271頁参照。
- (4) 条文の訳について田山「オーストリア法における成年後見制度」田山ほか編・現代家族法の諸相（高野竹三郎先生古稀記念、成文堂、1993年）418頁参照。
- (5) 成年後見問題研究会・成年後見問題研究会報告書、1997年、68頁。
- (6) ただし、いちいち家庭裁判所を通さなくては任意後見人をコントロールできないというのでは機敏な対応が困難になり得ようから、任意後見人のコントロールをも法定後見人の職務に含ませることも考えられよう。あるいは、家庭裁判所を通したコントロールで甘んじ、任意後見人の不適切な事務処理に対しては解任及び損害賠償で処理することも考えられる。後者の処理の場合にはだれがいかなる権限で任意後見人に対する損害賠償請求ができるのかについての手続を整備しておく必要がある。この点については、本私案は格別の規定を設けておらず、残された課題である。
- (7) 須永醇・新訂民法総則要論（勁草書房、1997年）32頁。
- (8) 新井誠・高齢社会の成年後見法（有斐閣、1994年）162頁以下、同「被保護成年者によって設定された任意代理権の消長」須永編・前掲注(1)411頁以下、志村武「本人無能力時における任意代理権存続に関する一考察(一)」早稲田法学71巻3号（1996年）6頁以下で紹介されている学説参照。
- (9) 新井誠=高野範城「高齢者・障害者の人権」自由と正義48巻4号（1997年）156頁以下も同旨。なお、東京地判平成8年11月27日判例時報1603号120頁は不動産売買の授権当時本人に意思能力があり、したがって売買も有効としたが、授権の前後に意思能力があったかどうかは疑問の余地があった（このケースに関する岡「任意代理権の消滅事由について」判例タイムズ957号[1998年]66頁以下参照）。仮に授権後売買契約時に意思能力が喪失していても、通説の立場からは売買の効力を問題にする必要はないであろう。しかし、当事者の主張によれば、代理人は買い戻し特約付での売却を授権されたにもかかわらずその点の手当をせず、売買契約を締結してしまったという（しかも、当該不動産の買主は購入同日かなりの高額で転売してしまっている）。この主張に根拠があるとしても、通説では、代理人による不動産の処分を阻止することはできず、せいぜい代理人に対して損害賠償責任を追及しうるにすぎない。本人の保護（不動産の取り戻し）の観点からは問題であり、上記のケースは、通説に再考を促す契機となりえよう。他面において、本人の保護を強調するといっても、転々譲渡された場合に、本人からはるかに離れた譲受人の取引の安全を全く無視してもよいのかという問題があり、登記に公信力がなく、不動産取引は危ういものだとはいえ、その危険を少しでも減らすことが望ましいともいえる。いずれにしても、ここにはなお検討の必要が残されている。
- (10) 新井・前掲注(8)165頁以下参照。

- (11) 三木妙子「コモンウェルスにおける持続的代理制度」野田愛子代表編・新しい成年後見制度をめざして（東京都社会福祉協議会／東京精神薄弱者・痴呆性高齢者権利擁護センター、1993年）211頁参照。
- (12) ただし、アルバータ州法では、この場合の手当がなされていることに注意すべきである。三木・前掲注(11)211頁参照。
- (13) 品川区における財産保全・管理サービスの在り方（資産活用等調査検討委員会報告書、品川区社会福祉協議会・さわやかサービス、1995年）27頁以下、63頁以下参照。
- (14) なお、第二東京弁護士会が構想している「高齢者財産管理センター」も、医師が審査委員会に参加すれば、ここでいう「適当な者」といえよう。これについては、第二東京弁護士会／司法制度調査会「成年後見制度に関する提言」民事法情報107号（1995年）7頁参照。
- (15) 米倉明・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－（講演、トラスト60、1995年）12頁参照。この構想は法定後見人への適用も考えられている。なお、法定後見人（世話人）をブールするというオーストリアの世話人協会の発想は注目に値する。その内容については岡・前掲注(1)274頁以下参照。また、日本でも、弁護士会が代理人を紹介するという制度も検討されている。秦悟志「持続的代理人の試み－成年後見法制定に向けて－」民事法情報101号（1995年）5頁参照。
- (16) 米倉・前掲注(15)25頁と同旨。
- (17) 米倉・前掲注(15)25頁参照。
- (18) 米倉・前掲注(15)20頁参照。これに対しては実務家の異論がある。米倉・前掲注(15)9頁（倉田発言）参照。
- (19) カナダ・アルバータ州の代理権法2条によれば、代理権授与状には法律家（一人で可）による法的助言証明書が添付されなければならない、とされている。条文の訳は、三木・前掲注(11)229頁以下参照。また、その助言証明書のサンプルについては、こうべ市民福祉振興協会／高齢者財産管理研究会・カナダ・アルバータ州の成年後見と高齢者財産管理（1996年）199頁参照。
- (20) 例えば、品川区における財産保全・管理サービスの在り方・前掲注(13)21頁、27頁以下参照。
- (21) 日本弁護士連合会／司法制度調査会・成年後見法大綱（中間意見）、1996年、112頁も同旨（以下では、大綱と略称する）。
- (22) なお、立法論としては、登記簿・登録簿への記載が主張されているが（秦・前掲注(15)4頁）、一般的な公示方法とはいえ、持続的代理権の公示としては不十分ではないか。この論者は、家裁への登録という方法は、当該取引に直接関係ない家裁で持続的代理権の有無を確認することが期待できないという点で問題があると批判する。しかし、現行法上、行為能力制限（禁治産、準禁治産）の有無を取引とは必ずしも関係のない市町村の戸籍で確認している点からみて、この批判は決定的なものとはいえない。さらに、家裁に設置する登録簿が将来電子化されれば、確認に要する時間・コストは飛躍的に短縮・低下するであろう。
- (23) 本私案37条の注〔3〕参照。
- (24) 大綱・前掲注(1)84頁参照。

- (25) 鎌田哲夫=大塚明「高齢者問題の新しい視点を求めて—カナダ・アルバータ州の成年後見・財産管理制度—」自由と正義46巻9号（1995年）125頁以下参照。
- (26) 最判平成4年9月22日金融法務事情1358号55頁参照。
- (27) この点については、岡「判例研究」判例タイムズ831号（1994年）38頁以下参照。

第44条（身上代行権の授与）

- ①精神的又は身体的事由によって生活上の支援を必要とする場合
[1]に備えて、成年者は、事前に、身上代行人[2]に対し身上代行
権[3]を授与することができる[4]。
- ②身上代行権は、これを包括的に授与することができない[5]。

[1] 「精神的又は身体的事由によって生活上の支援を必要とする場合」とは、身上後見が発動される状況と同一の状況をいう（本私案27条1項参照）。

[2] 身上代行人とは、成年者たる本人から身上代行権を授与された者（身上代行権の被授与者）をいう。

身上代行人となり得る者の範囲については議論があり得る。本人の意思を尊重するならば授与の客体は誰でもよいとしてよさそうだが、本人に対する後見的ないし福祉的配慮を行う必要があるから、一定の限定はやむを得ず、本私案では身上後見と同様に扱うこととした（本私案46条）。この問題について、立法提案には、法定後見における後見人の欠格事由に準ずるとするもの⁽¹⁾、法人について非弁活動の禁止規定（弁護士法72条）違反を理由にこれを除外するもの（ただし、同法に別段の定めがある場合は可能）⁽²⁾、などがある。

[3] 身上代行権とは、身上代行人が、本人から予め授与された範囲内において、本人のために、法律上又は事実上必要な支援を行う権限をいう。

身上代行権は、法律行為の代理と事実行為の代行の双方を含む概念である。事実行為の代行が含まれる点は身上後見と異なる。したがって、身上後見を法定身上後見とし、これに対応するものとして任意身上後見の語を用いることは、呼称としては必ずしも適切とはいえない（両制度で支援の主体を異にする立法論ではなおさらのことである）。そこで本私案では身上代行の語を用いた。

身上代行権の授与事項は、当然のことながら身上代行人が法律上又は事実上行使できるものでなければならない。身上代行人は身上代行の補助者を用いることができ

る。本人が身上代行人自身に遂行してほしいと希望した事項については、できるだけその意に沿うべきである。ただし、身上代行人に対し受託者の自己執行義務（信託法26条）を要求することはできないであろう。

[4] 本私案では、身上処理を支援する仕組として、法定制度である身上後見と、任意制度である身上代行の各仕組が設けられたが、両仕組の関係については、任意制度を主としつつ、補充的に法定制度が働くものとする（本私案1条の注[4]および[5]参照）。

[5] 本条は、身上代行人の権限濫用を防止するため、身上代行権の包括的授与を禁止する。身上後見では包括的授与が認められる（本私案31条1項参照）が、これと異なる処理を行う。身上後見では家庭裁判所が支援の内容と範囲を判断して決めるという歯止めがある（本私案28条参照）のに対し、そうしたことがない身上代行においては同一には律しられない。自己の身上に関する決定事項の一切を委ねてしまうような授与は福祉を図るうえで望ましくない、との趣旨である。包括的授与を禁止することは制度の使い易さのうえでは多少問題があり、本人が希望するなら認めてよきそうである(3)。しかし、身上に関する包括的授与を法律上容認すると、実際にはそれが安易になされるのではないかと懸念される。理念としても、包括的授与は残存能力の尊重、自己決定権の尊重の精神に沿わない。身上代何をどのように考えるかという制度構想の問題でもあるが、本人の意思は残存能力が皆無に近い極限に至るまで尊重されるべきであるから、かかる理念を仕組のうえでも考慮し、授与事項は特定されるべきであると考え。なお、包括的授与を認める見解にあっても、身上代行人が好き勝手に何をしてもよいことを意味するものではないし、例えば、報酬額を自由に決めてよいということにならないことはいうまでもない。

包括的授与がなされた場合は公序良俗違反などにより対応することとなろう。ただし、特定事項の授与として認めることができる場合には、授与の方式（本私案45条）を充たしていることを前提に、特定事項の範囲で有効と解してよいであろう。なお、代理権の包括的授与を認めることができるかについては、議論が分かれている（主として財産の管理について議論されるが、その場合、公序良俗違反と解されることがあろう）(4)。

包括かどうかの判断は必ずしも明確でなく、各ケースに応じて判断されるべきであ

る。判断能力の減退がかなり進んだ状況を具体的に考慮して授与がなされる場合には、ある程度包括的な授与とならざるを得ない（ただし、本私案45条の注〔2〕で述べるように、尊厳死、安楽死は認められない）。

第45条（身上代行権の授与の方式等）

- ① 身上代行権の授与〔1〕〔2〕〔3〕は、その授与事項について本人が授与能力を有するときに〔4〕、公正証書によって〔5〕これを行わなければならない。
- ② 身上代行権は、本人が前項の公正証書を家庭裁判所に登録することによって成立する〔6〕。本人が登録できないときは、身上代行人がこれを行わなければならない〔7〕。

〔1〕 身上代行権の授与は、権限の授与のみが単独でなされる場合があるほか、委任（準委任）（民法643条以下）、負担付贈与（同553条）、終身定期金（同689条以下）などの典型契約や、非典型契約としての養育、信託（信託法）等の各契約とともに行われる（5）。身上代行を目的とする委任（準委任）契約は身上代行が行われる典型例と考えることができるが、身上代用法として委任（準委任）契約だけをとりあげるとは不適切であろう。そこで、本私案では、生活上の支援を目的とする法律行為又は事実行為を行うべき権限の授与の全部を含むものとして、「身上代行権の授与」を用いることにした。

本私案は身上代行権の「授与」と規定し、授権とはしなかった。授権の概念については学説上これを認めないとする見解も有力であり、授権の性質、その有効性について議論が分かれていることを考慮した。

〔2〕 将来自分が痴呆状態や、植物状態等になった場合にはこれこれの介護、医療等を施してほしい、とする身上代行権の授与はもちろん可能であり、身上代行の必要性の一つはこの点に求めることができる。

身上代行の授与事項として、尊厳死ないし安楽死を認めることができるか（身上後見人の職務範囲として否定されるべきことは前述した。本私案28条の注〔2〕参照）。

いたずらに延命だけを目的とする医療（現実に施される医療を延命ということに単純化できるかどうかは問題であるが）を嫌い、生命維持装置のとりはずし等（延命治療の中止）を欲する意思（事前の意思）は、生命の尊厳を求める一つのあり様である（いわゆる尊厳死）。また、回復の見込みがない傷病で死期が迫っている場合には、医師が激しい苦痛をやわらげる目的で適切な方法を用いて死期を早めること（6）を認めてほしいとする意思も、つねに否定されるべきものでない（いわゆる積極的安楽死の容認）。しかし、これらの問題は法的問題を含む生命倫理の問題として、より広範に論じられるべきであり、成年後見制度のなかだけで決着をつけることは困難である（7）。以上のことから、尊厳死、安楽死は身上代行の対象外とすることとした。ただし、このような扱いは日本尊厳死協会が現に行っている「尊厳死の宣言書（リビング・ウィル）」の価値を否定するものでないことを付言する（8）。

尊厳死、安楽死問題とは異なり、脳死による臓器移植については、医学界の扱いが確立することを条件に、移植に応じてもよい（応じたい）とする本人の意思を尊重することは可能であり、生前の生活の支援を行う身上代行の本来の目的とはいえないが、身上代行の仕組のうえでも考慮されてよいのではないだろうか（そこでは、本人の意思とともに、移植を希望する患者やその家族の希望も尊重されるべきである）。この場合、少なくとも移植の対象となる臓器を特定することなど、一定の要件が必要となるであろう。「臓器移植法」（平成9年法律104号）の施行（1997年10月16日）により、従来議論が一步進められる契機となることが期待される。以上については、論じられるべき多くの問題があるが、身上代行の守備範囲を越えるものであろう（9）。

[3] 授与事項が公序良俗に反する場合には、身上代行に関する私法上の効力は否定される（民法90条、本私案44条注[5]）。例えば、「将来手術の必要があっても輸血を拒否したい」旨の意思を授与事項として認めることができるか。医療の目的と患者の意思とが衝突する場合、「輸血以外に生命を維持する適当な方法がない場合でも輸血を拒否する」との意思は、それが真摯なものであっても、基本的には認められるべきではない（その根拠は、生命の尊厳に求めることができる）が、その他の場合にはケースによって判断されるべきである、と考える（10）。

[4] 本私案は、身上代行権の授与時にその授与事項につき授与能力があることを形式的

要件とした。ここに授与能力とは、身上代行の授与がどのような意味をもつものであるかを理解する能力をいう。

このことについては、「本人が授与能力を有するとき」という要件を法律にわざわざ明記しなくても、委任契約等の一般的処理にまかせればよい、とする意見もある。確かに、論理的にはそういえるであろう。しかし、身上代行では本人の身上処理能力を問題にするのであって、そこでは授与能力が問われることを明確にしておくことが制度の利用者に親切であろう。特に任意後見の仕組みは広く利用されることが望まれるのであり、専門家だけが理解していればよいというものではない。このことに加え、授与能力の程度は、本人をとりまく状況や、授与事項など各ケースに応じて異なるものと考えられるから、その判断も各ケースに応じて専門的視点から個別、具体的に行為ることが必要である。授与能力が「その授与事項について」要求されるものであることを明示しておくことが妥当であろう。

- [5] 身上代行権の授与は、公正証書を用いて行われなければならない。いやしくも生命、身体等に関する身上事項の決定権限を他人に授与しようとするなら、慎重になされるべきであって、単なる紙切れでは足りないとする趣旨である。授与能力があるかどうかを見極める専門的評価は、医学、心理学等の科学的知見を参考にしながら、科学そのものではなく身上代行法の視点からなされるものである。本私案ではかかる法的評価を最終的には家庭裁判所に、また、その前段階のチェック機能を公証人に、それぞれゆだねることとした。

公正証書を要求することについて、研究会では、公証人は能力判定の専門的訓練を経ていること、例えば遺言において公正証書遺言も必ずしも完全でないこと等を理由に、異論が出された。確かに、公証役場の数の少なさ、その遍在、公証に要する費用等をみると、使い易さ、制度利用の促進のうえで難がある。遺言や一般定期借地権は必ずしも公正証書に固執しない。これらのことを考慮し、公正証書に限定せず書面で足りるとする提案も有力である⁽¹¹⁾。しかし、公正証書はその他の書面と比べ、権利関係を明確化し、紛争予防のうえで貢献する。本人の意思を確認し、身上代行の授与を慎重にさせる点でも優れている（例えば、公正証書遺言の実務を参照。ただし、公正証書遺言でも遺言能力、意思の解釈などをめぐり後に紛争が生ずることがある）。そのため費用の支出、公証役場での手続の労はやむを得ない。公正証書を要件とする

ことによって身上代行業の信頼性を客観的に確保し、そのことによる利用の促進を図るべきであるとする。なお、一般定期借地権の設定が書面等で足りるとすること（借地借家法22条）については、それは自己責任がより強く支配すべき比較的高度の、特定分野の取引であり、また、より広範、迅速な利用がなされるべき分野ともいえるから、要支援者の保護を目的とする身上代行業では、これと同一に論ずることはできない。

公証制度一般のあり方の問題となるが、身上代行業をより使い易いものとするために、身上代行業を扱う簡易な公証の仕組みを設けることも検討に値する。指摘されるように公証人は身上代行業に関する能力判定については専門家でないことを考慮し、公証にあたり能力判定センター等における専門的な能力判定（鑑定など）を参考にすることが望ましい⁽¹²⁾。

- [6] 身上代行業は公正証書によって作成された授与証書を家庭裁判所に登録することによって成立するものとする。法文上は、「成立する」に代え「登録しなければならない」と規定することも考えられるが、登録は、身上代行業の権利・義務関係を明確にし、家庭裁判所による適切な後見的関与を保障するための手続として重要であるため、登録が成立要件であることを明示した。

前述のように、授与証書の登録の任務は本人の人権、福祉を守る重要な手続であるから、司法機関である家庭裁判所が担うことが最も望ましい。ただ、家庭裁判所の成年後見制度への関与は、裁判官の数の不足を考慮すると、加重的負担になることが当然に予想される。そこで、司法機関でなくても、実質的に同様の働きを期待できる公的機関があれば、それに任務の一端を担ってもらうことも考え方としては可能である。近時、東京都、品川区、大阪府、埼玉県、日本弁護士連合会、日本司法書士会連合会などにおいて、いくつかの任意制度が提案され、既に一部で導入されつつある。将来的には、登録先候補としてそこに応援の手をさしのべるべきである。これら任意制度も、本私案の身上代行業制度の一つに位置づけられ、あるいは、本私案のもとにおかれることにより、法的な裏付けをもち、利用者から一層の信頼を獲得することになろう⁽¹³⁾。

本条1項および2項の要件を充足しない授与がなされた場合、いかなる効果を認めるべきか。身上代行人は本私案に基づく権限と義務を担い、これらは本人の福祉に直

接関係する重大な内容を有するものであること、そのために身上後見の規定を準用し（本私案48条）、身上代行人に対して一定の監視が行われることを考慮すると、本条の方式（1項および2項）を充たさない授与は無効と解すべきである。これについては、本人の授与の意思を最大限に尊重するなら、通常の授与の範囲に限り有効とすることはできないかとする意見も出された。しかし、そう解することは無効という概念に基本的に抵触するし、本私案の趣旨を徹底するために絶対無効と解すべきであるという意見が多数を占めた。

[7] 授与証書の登録は原則として本人が行うべきであるが、事情により本人ができないこともある。このような場合に、誰からも登録がなされないと、本人は要支援状態のまま本私案の外に放置されてしまう。かかる事態を回避するために、本条は、本人に代わって身上代行人が登録すべきことを義務づけた。

第46条（身上代行人の欠格事由）

身上代行人の欠格事由については、身上後見と同様に扱う[1]。

[1] どのような者が身上代行人となり得るかについては、身上後見人と同様に扱うこととする（本私案29条1項参照）。身上代行は任意制度として本人の意思が尊重されるべきであるとはいえ、要支援状態になった本人の人権、福祉に大きく影響するものであるから、身上代行の主体について一定のしほりが必要であること、身上後見と身上代行について統一的に理解することができること、がその理由となろう。なお、このように扱う結果、Aが入所・入院する施設又はその構成員に対しては身上代行権の授与が認められないことになる（同条2項参照）。この結果、従来は施設の裁量で比較的自由になし得たことが身上代行人による代行を経由しなければならなくなる。場合により、施設の日常業務の推進が後退することも予想される。しかし、かえってここにこそ身上代行の意義——人権、福祉の擁護・確保——が認められるべきなのである。

以上のような扱いについては、制度運用後に不都合があればこれを改善することも必要である。同時に、身上代行および介護等を担うマンパワーを充実させるなどして、新しい仕組の定着に努めなければならない。

第47条（身上代権の発効）

- ① 身上代権は、授与事項に係る本人の身上処理能力の減退が認められたときから発効する〔1〕〔2〕。
- ② 前項の場合において、本人又は身上代行人は遅滞なくその旨を家庭裁判所に通知しなければならない〔3〕。

〔1〕 身上代権の発効時については、授与事項に係る身上処理能力が減退したことを停止条件とし、減退時から発効することとする。これは、論理上そのように考えることができるということに加え、身上代権については身上処理能力の減退が認められたときに直ちに身上代権を発生させ、身上代行人による代権を有効に進めるべきである、とする実際の事情を考慮した。いわば、隙間のない支援を企図するものである。

本条1項により、①授与能力も身上処理能力もある者が授与した場合は、身上処理能力が減退したときから発効し、②授与能力があり身上処理能力の減退した者が授与した場合には、即時に発効することとなる（いわゆる即時発効型）⁽¹⁴⁾。①②において、後に判断能力が減退した場合にいったん発生した身上代権の効力が持続するかどうかが問題となり得る⁽¹⁵⁾。これは持続的代理権にならない、持続的身上代権の問題ということができる。1項は、身上代権が身上処理能力の減退時から発効することを明らかにするが、判断能力の減退を身上代権の消滅事由と規定しないことから、持続的身上代権を認めることに解釈上の支障はない。

授与能力は、意思能力の一態様としてとらえることができる。意思能力を弾力的に解する近時の有力説に従えば、授与能力もそれぞれの事項に依りて弾力的に解することになろう。また、「後に判断能力が減限した場合」の「判断能力」とは、授与の意味が理解できるかどうか授与後の段階においても重要な要素とされるべきであるから、基本的には授与能力と同性質、同レベルものと考えられる。もっとも、本人を取りまくその後の状況の変化を考慮する必要があるから、つねに同一のものにとらえるべきではなく、授与能力と判断能力ではそれぞれの内容が変わることもあり得る⁽¹⁶⁾。

〔2〕 身上処理能力が減退したかどうかは、本人又は身上代行人が判定すべきである

(17)。その判定にあたり、自分で寝返りができるか、食事ができるか、など日常生活能力（ADL）や、医学的管理ができるかどうか、などが問われる（公的介護保険における介護認定の基準を参照することができる）。各ケースごとに、授与された身上代行の性質、内容が吟味されなければならない。また、減退の判定は専門的判断を必要とすることもあるから、能力判定センターの整備等が身上後見と同様、身上代行においても検討されるべきである(18)。

- [3] 身上代権の発効は本条1項により身上処理能力の減退時から当然に認められることになるが、このことを家庭裁判所が当然には知ることではない。身上代行の実務上は、発効したことを家庭裁判所に確実に知ってもらう必要があるから、本私案では本人又は身上代行人に対し、発効した旨を家庭裁判所に通知することを義務づけた。なお、本人が通知できないときに身上代行人からの通知がなされなかった場合、そのこと自体を直ちに身上代行人の解任事由とすることはできないが、身上代行的確性に疑問があると認められる場合には、そのことを理由に解任されることになろう（本私案48条による42条4項の準用）。

第48条（規定の準用）

第32条2項[1]、第42条[2]の各規定は、身上代行にこれを準用する。

- [1] 身上代行の遂行に対する本人による監視は、本人の判断能力が減退した場合には十分に期待することができない。もっとも、身上代行の客体である生活上の要支援者のなかには判断能力の減退していない者もいるから、この者については適切な監視を期待できるともいえなくはない。しかし、この者も生活上の要支援という不自由な状況にあることを考えると、監視を十分になし得るとの保障はない。監視を実効的に行うには身体的働きが伴わなければならないからである。そこで、本条は裁判所の関与を求めるため、身上後見における本私案32条2項の規定を準用することとした(19)。

かかる扱いについては、身上代行でも身上後見と同様に、重大事項については家庭裁判所の許可を必要とすべきではないか、との意見があり得る。家庭裁判所の許可を

要求すれば、身上代行人による重大事項遂行の的確性を確保し、あるいは、その権限濫用をより徹底して回避することが期待できる。しかし、任意制度の趣旨を考慮すれば、身上代行人の自発的な任務遂行を制約することはできる限り避けるべきである。許可を要求することが直ちに自発的な任務遂行を制約することにはならないであろうが、実際上の負担はかなり大きくなる。本私案は、授与に際し家庭裁判所への登録を要求し、しかも包括的授与を禁止する。家庭裁判所は本条に基づき、適宜、身上代行人に対し適切な助言を与えることもできる。このように、身上代行人の権限濫用に対する制度上の歯止めは一応できているものと考え、本私案では許可を不要とした。これにより、身上代行人をより容易かつ弾力的に遂行することが可能となるであろう。成年後見法が定着するためには、それを動かす組織の整備、マンパワーの充実などを図る必要がある（とりわけ身上後見、身上代行人にあてはまる）、それに要するコストを考慮しなければならない。かかる政策的配慮からも、第一次的には法定制度ではなく任意制度の利用が推奨されるべきである(20)。

以上を要約すると、本私案の考え方は、身上代行人の授与の仕方や、効力発生時における要件についてはこれをやや厳格に解し、それら要件等を充足しひとたび身上代行人が稼働した場合には身上代行人の裁量を最大限に重視する（身上代行人に対する第三者からの関与、干渉を抑制する）、というものである。

[2] 身上代行人の終了事由については、持続的代理権の場合と同じ理由により、同様に扱われるべきであると考えた（本私案42条の準用）。当事者はこれと異なる特約をすることができるが、家庭裁判所が解任権を行使することの前提となる解任の請求を、いかなる場合にもしないという特約等は公序良俗に反し無効と解される（民法90条参照）。

本私案では身上代行人の性質を考慮した結果、技術上の細目について本私案の持続的代理権の規定と同一に扱っていないところもある。

{注}

- (1) 日本弁護士連合会司法制度調査会・第2節第1款注②1107頁。
- (2) 近畿弁護士会連合会人権擁護委員会・第2節第1款注(6)136頁、久岡・第2節第1款注(6)6頁。身上代行について包括的授与を認める場合には、本人の福祉を阻害しないよう一定の配慮を必要とする。
- (3) 近畿弁護士会連合会人権擁護委員会・前掲注(2)146頁は任意後見人に対し包括的授与を与えるが、より厳密に監督がなされるべきであるとする。久岡・前掲注(2)8頁は、繁雑さ、困難さ、本人の希望を根拠に包括的授与を認める。なお、日本弁護士連合会司法制度調査会・前掲注(1)112頁も包括的授与を有効とするが、これは財産の管理について述べられたものである。
- (4) 新井誠『財産管理制度と民法・信託法』167頁(有斐閣、1990年)は、現行法の解釈論において身上監護(身上後見)の包括的授与を否定する。
- (5) 神戸シルバー法律研究会『高齢者のための生活支援・財産管理統合システムについて』(財団法人こうべ市民福祉振興協会委託研究報告書)(1994年)は、身上後見については「生活支援サービス提供契約」を提唱する(19頁以下)。なお、大塚明「持統的代理権による後見制度」阪大法学44巻2・3号127頁以下(1994年)参照。
- (6) 安楽死(医師が薬物投与等で患者の死期を早めるいわゆる積極的安楽死)の定義については、東海大学付属病院事件横浜地裁平成7年3月28日判決判時1530号28頁、判タ877号148頁参照。
- (7) 医療におけるインフォームド・コンセントについては、尊厳死・安楽死の場合と異なり、成年後見制度の枠内に限定して一定の扱いをすることは可能である。なお、尊厳死、安楽死が真に生命を尊厳し、倫理に適うものかどうかについては、なお十分に検討されるべきである。
- (8) 同協会の活動は貴重な先例を示すものとして高く評価されるべきであろう。近時は、病院で「(治療の)事前指定書」を作成する例も報告されている(読売新聞1997年7月5日付朝刊)。その要件、効果を明確化するための検討がなされるべきである。より根底には、安楽死ないし医師の積極的関与による「死ね権利」が認められるかどうか問われなければならない。
- (9) ただし、総合的検討を要する問題であっても、身上代行法として主張すべき論点はあるように思われる。研究会の基本方針としてあまり検討対象の閾口を広げ過ぎないことが確認されたが、研究会での議論は時間を惜しまず、自由かつ広範囲に及んだ。
- (10) ちなみに、「ユホバの証人」を信仰する患者(主婦)が予め輸血拒否を伝えていたのに手術中に無断で輸血され、精神的苦痛を受けたとして病院(東大医科学研究所付属病院)の医師および国に対して損害賠償請求をした事案につき、東京地裁平成9年3月12日判決は、医師には患者に可能な限りの救命措置をとる義務があるとしてこれを棄却した(患者は同年8月死亡)。これに対し、同控訴審東京高裁平成10年2月9日判決は、輸血をしないで手術を行う見込みが全くなくなったと判断した時点で輸血を行うことを説明すべきであったと述べ、説明義務を怠った違法があるとして遺族4人に慰謝料を支払うよう命じた。両判決でインフォームド・コンセントの法理のとらえ方が分かれた(その検討は後日を期したい)。輸血拒否のケースでは、輸血拒否の意思は尊重されるべきであるが、これを絶対視するのではなく、当事者の合意の内容(相対的無輸血か絶対的無輸血か

等)、致死的な疾患があるなど生命に直接影響する場合か通常の手術かなど、諸事情を考慮しなければならないと考える。この点につき、輸血拒否が直接生死に影響する場合でなかったと思われる事案につき、輸血拒否の真摯な意思を重視した大分地裁昭和160年12月2日決定判タ570号30頁、判時1180号113頁、病名の告知をしなかったことが医師の裁量権を逸脱したとは認めなかった秋田地裁平成8年3月22日判決判時1595号123頁、医事紛争という視点から医と倫理の問題に具体的に論及する平沼高明『医事紛争入門』184頁以下(労働基準調査会、1997年)を参照。

- (11) 日本弁護士連合会司法制度調査会・前掲注(1)109頁、久岡・前掲注(2)6頁。
- (12) 以上について、米倉・第2節第1款注(1)20頁参照。
- (13) 成年後見制度の一環を担う地域レベル、団体レベルの試みと、成年後見法との関係をどう考えるかはこれからの課題である。なお、拙稿「身上監護制度論(4・完)」ジュリスト1094号117頁(1996年)参照。
- (14) 発効時期について、近畿弁護士会連合会人権擁護委員会・前掲注(2)138頁、久岡・前掲注(2)6頁。
- (15) 代理権について解釈論は分かれているが、本私案の対応につき、35条の注[4]参照。
- (16) 研究会における道垣内助教授の示唆による。
- (17) 第二東京弁護士会で1997年4月1日より稼働することになった「高齢者財産管理センター」(財産管理の相談、財産管理となる弁護士の紹介を主たる業務とする)では、委任契約書の「要保護状態」(3条)の判定は、普通には、依頼者本人、受任弁護士、関係人(同居の親族・ホームヘルパー・ケースワーカーなど通常接触する人)からの面接調査、又は聞き取り調査(関係人、主治医などから)によって行う、とする。
- (18) 第二東京弁護士会司法制度調査会の提言では、弁護士会に「高齢者財産管理センター」を設置し、これが能力判定等を行うとする(第二東京弁護士会司法制度調査会「成年後見制度に関する提言——現行法下での持続的代理人の実践」民事法情報107号4頁(1995年))。ただし、主に財産管理を念頭においたものである(秦悟志「持続的代理人の試み——成年後見法制度に向けて」民事法情報101号5頁(1995年))。
- (19) 新井教授は、代理人の権限濫用に対するコントロールの必要性を強調される(新井・前掲書「高齢社会の成年後見法」69頁、165頁以下等)。久岡・前掲注(2)5頁、9頁注5も同旨。また、新井・前掲書『財産管理制度と民法・信託法』164頁は、代理人間の相互監視の機能を指摘する。
- (20) 拙稿「身上監護制度論(2)」ジュリスト1092号65頁参照。

追記

身上後見および身上代行に関する文献の引用は、成年後見制度の改革を具体的に検討する研究および報告などを中心にし、最小限にとどめた。他に、本稿の全体的な内容又は構成につき、研究会の成果の一つである米倉明・新井誠・岡孝・天野佳洋・濱田俊郎「成年後見制度の検討」ジュリスト972号(1991年)、米倉明『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』(財トラスト60、1995年)、新井誠『高齢社会の成年後見法』(有斐閣、1995年)、道垣内弘人「成年後見制度私案(一〜七)」ジュリスト1074号〜80号(1995年)、拙稿「成年身上監護制度論」ジュリスト1090号、1092号〜94号(1996年)を基礎にした(それら文献の成果を逐一引用することはしていない)。なお、同拙稿との異なる部分(そのいくつかは本稿注で触れた)があるが、考え方の基本的スタンスは同じであることを付言する。

この法律は、平成 年 月 日から施行する〔1〕。

- 〔1〕 本法は関連する法領域がきわめて広い。本法の施行に先だって、整備・調整すべき問題としては、例えば、民法の禁治産・準禁治産制度の廃止、各種法令上の禁治産・準禁治産という用語の廃止（それに代わる用語の新設）、禁治産・準禁治産と結びつけられている各種の資格制限の廃止（存続せざるを得ない場合にも、能力の程度を再検討する）、その他、民事訴訟法、非訟事件手続法、不動産登記法などにわたって、検討し、早急に整備する必要がある。

(禁無断転載)

(非売品)

平成10年3月31日印刷

平成10年3月31日発行／平成11年1月25日第2刷

成年後見法 (私案)

報 告 書

発 行 ©財団法人 トラスト60

東京都港区新橋1-18-1

航空会館3階

Tel. 03-3501-7141 (代表)

印刷：(株) ディグ