



Title	成年後見の社会化：「繋がる社会」に民法・成年後見法制が果たす役割
Author(s)	南方, 美智子
Citation	北大法政ジャーナル, 19, 103-134
Issue Date	2013-01-31
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/52147
Type	bulletin (article)
File Information	HHJ19_004.pdf



[Instructions for use](#)

成年後見の社会化

—「繋がる社会」に民法・成年後見法制が果たす役割—

みな かた みちこ
南 方 美智子

目 次

はじめに	105
第1章 成年後見制度	105
第1節 成年後見制度の概要	105
第2節 成年後見制度の利用件数	106
第2章 法定後見制度	107
第1節 法定後見制度利用の実態	107
1. 申立人の内訳と申立ての動機	107
2. 遺産分割を含む財産管理処分のための申立て	108
3. 介護保険契約を含む身上監護のための申立て	108
第2節 支援の実例	109
第3節 裁判例からの示唆	111
第3章 任意後見制度	116
第1節 任意後見契約締結の実例	116
第2節 裁判例からの示唆	118
第4章 最近の動向と改善提案	122
第1節 最近の動向	123
1. 家事事件手続法の制定	123
2. 厚労省の市民後見人の育成及び活用にむけた取組み	124
第2節 改善提案	124
1. 市区町村長申立てにおける後見人候補者の法的地位	124
2. 任意後見契約における任意後見監督人選任申立ての担保	125
おわりに	126

はじめに

日本社会は、高齢化（65歳以上の高齢者23.3%）⁽¹⁾、単身化（2030年には単身世帯37.4%）⁽²⁾、未婚化（2030年には生涯未婚率：男性30%・女性23%）⁽³⁾、少子化に突き進み、少子高齢は、日常風景と化している。家族⁽⁴⁾・地域・社会の絆が薄くなり「無縁社会」⁽⁵⁾という言葉も出てきている。その上、虐待や孤独⁽⁶⁾死のように人としての尊厳までもが失われている事態も現実化している。筆者の職業上⁽⁷⁾の経験からも、日々、相続・遺言・成年後見相談等の業務を通じて、「高齢単身・二人世帯」、「介護等の公的援助等を利用できずに孤立している世帯」、「高齢者虐待が潜んでいるのではないかと想われる世帯」など、社会との繋がりを失いかけている家族や個人に出会う機会が増えている。このような状況の下で、法はどのような役割を果たすことができるであろうか。「法は家に入らず」という法諺は、それ自体が目的であるような絶対的なものではなく、人格的擁護という目的をとっての手段と位置付けられるべきものである⁽⁸⁾以上、「家族構成員からの自発的な行動を待つだけではなく、社会と法の側からの積極的な支援が要請される」⁽⁹⁾のではないだろうか。判断能力が不十分な成年者の自己決定権⁽¹⁰⁾尊重の理念を標榜して成立した成年後見制度は、その積極的な支援措置の1つであろう。そのような理念を持った成年後見制度は、人が尊厳を持って暮せる社会であるために大きな役割を担っているはずである。しかし、この制度はあまり広まっておらず、うまく機能していないように思われる。その上、正しく利用されているのかも疑わしい。成年後見制度が支援を必要としている人にとって使いやすい制度となるには、どのような点を見直すべきなのだろうか。支援を必要としている人に誰がどのように気づき、支援者や後見人候補者にどのように繋ぎ、彼らが途中でギブアップすることなく、どのように家裁へと繋げるべきか。また、後見人候補者や支援者を支えるしくみはどうあるべきなのか。市区町村長申立て等に際して自治体はどう関

わるべきなのか。これらの点の検討を深めることが、今日極めて重要な課題となっている。

社会との繋がりを取り戻すことができれば、孤立した家族や個人が抱えている問題を解決する糸口も見つかるはずである⁽¹¹⁾。その繋がりを取り戻す役目を果たす制度の1つとして成年後見制度があり、実際にその役割を担うのが成年後見人等⁽¹²⁾である。

本稿では、以上のような問題意識を踏まえつつ、成年後見制度の概要を説明した上で（第1章）、成年後見制度利用の現状および筆者が第三者後見人や任意後見契約の受任者として関わっている事例と裁判例を、法定後見制度（第2章）と任意後見制度（第3章）に分けて検討する。その上で、これからの社会に大きな役割を担っている後見人候補者の法的地位と民法の特別法としての任意後見法制について若干の提案を試みる（第4章）。

第1章 成年後見制度

第1節 成年後見制度の概要

成年後見関連四法（①「民法の一部を改正する法律」、②「民法の一部を改正する法律の施行に伴う関連法律の整備に関する法律」、③「任意後見契約に関する法律」、④「後見登記等に関する法律」）が、1999年12月1日に成立し、2000年4月1日より施行された。この背景には次のような事情があると指摘されている。「従来の行為能力制度、とりわけ禁治産・準禁治産は、本人保護の名のもとに特定の人びとに無能力者のレッテルを張って市民社会の取引から排除し、あるいは取引への参加を制限することに重点を置いてきた。そこには、不幸にして十分な精神的能力を備えない人びとに対する配慮や、それらの人びとの自己決定をできるだけ尊重するという姿勢が希薄であった。このような問題が深刻に取りあげられるようになった背景には、高齢化社会を迎えて、精神的能力の低下が誰にでも訪れる現象として意識されるようになったことがある」⁽¹³⁾。

この新しい成年後見制度⁽¹⁴⁾は、高齢社会への対

応と精神障がい者や知的障がい者に対する福祉の充実という観点から、従来の禁治産・準禁治産宣告⁽¹⁵⁾制度を改正し、家庭裁判所が事理弁識能力を欠く常況にある者を成年被後見人として、また当該能力が著しく不十分である者を被保佐人、さらにその能力が不十分である者を被補助人として、それぞれ成年後見人、保佐人、補助人を審判で付することにより、これらの者の財産を保護し、ならびに身上監護を確保しようとするものである（民法7条・8条・11条・12条・15条・16条・858条・876の2・876条の7）。自己決定権の尊重、残存能力の活用、障がいのある人も家庭や地域で通常の生活をする事ができるような社会をつくるというノーマライゼーションの理念から、旧制度は、柔軟かつ弾力的にして利用しやすい成年後見制度として改正された。しかし、公職選挙法11条1項1号は、選挙権および被選挙権を有しない者として成年被後見人を挙げており、国家公務員法38条1号・76条は、成年被後見人または被保佐人を国家公務員としての欠格事由とし、地方公務員法16条1号・同28条4項も同様の欠格事由を定めている。また、医師をはじめ国家資格についても、成年被後見人または被保佐人を欠格事由としているという課題は残されたままである⁽¹⁶⁾。

同時に、自己決定権尊重の要請から任意後見制度が新たに創設された。この制度は、家庭裁判所によって選任された任意後見監督人の監督の下で、任意後見人が本人を支援するしくみとなっている。判断能力のある本人が、判断能力が不十分になった場合の事務について、任意後見人に代理権を付与する旨の任意後見契約を締結しておくものである⁽¹⁷⁾。このように任意後見制度は、本人が予め判断能力低下後における支援内容と支援者⁽¹⁸⁾を決めておく制度である。将来における判断能力の低下に備えて、信頼できる者に対し自らの意思で、予め自己の生活、療養看護および財産の管理に関する事務（任意後見事務）の全部または一部に対する代理権を付与し、任意後見監督人が選任された時から効力を生ずる旨の特約をした委任契約を締結しておくものである（任意後見法2条1

号）。この制度は、法定後見制度と相互補完機能を有する契約型の後見制度⁽¹⁹⁾として、「来るべき法化社会における自己実現のために欠くべからざる制度となることが予想される」⁽²⁰⁾。イギリスの持続的代理権授与法（the Enduring Powers of Attorney Act 1989）等のコモンロー諸国における持続的代理権制度を参考に、成年後見制度の目玉の1つとして創設されたものである。

新しい成年後見制度が施行されてから12年が経過しているが、わが国では総人口約1億2500万人のうち法定後見制度の利用者は20万人弱⁽²¹⁾（2010年末における概数。2008年末における概数は12万人）に過ぎない。それに対して、ドイツでは総人口8200万人のうち、わが国の法定後見制度に相当する世話制度を利用する者は約120万人（2008年末の概数）となっている。わが国の10倍の利用件数があり、しかも利用件数は毎年10%ずつ増加している⁽²²⁾。また、わが国の任意後見制度に相当するドイツの事前配慮代理権の累計登録件数は、2009年時点において、すでに100万件を超えている。同じく2009年のわが国の任意後見契約の登記件数は約4万件⁽²³⁾であり、ドイツは日本の約25倍ということになる⁽²⁴⁾。

第2節 成年後見制度の利用件数

2000年4月に運用を開始した成年後見制度の概況を、最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況」報告資料（2000年4月から2010年12月）⁽²⁵⁾の利用件数から眺めてみよう。

後見開始審判認容	件数	17万1585件	86.6 %
保佐開始審判認容	件数	1万8385件	9.3 %
補助開始審判認容	件数	8236件	4.1 %
法定後見開始審判認容	合計件数	19万8206件	100.0 %

任意後見契約締結登記	件数	4万9696件	100.0 %
(任意後見監督人選任)	件数	(2778件)	(5.6 %)

成年後見制度利用	合計件数	24万7902件	
----------	------	----------	--

ここに示されているように、この11年間で、何らかのかたちで成年後見制度を利用した人は、約25万人程度である。他方、判断能力に問題を抱え

た認知症の高齢者は、約205万人いると言われている。知的障がい者は約55万人、精神障がい者は323万人いると言われている⁽²⁶⁾。法定後見の利用者数が約20万人弱に止まっているのは、手続の煩雑さ等の課題が山積しているからであろう。補助の利用が後見の利用の20分の1以下であり、任意後見監督人選任が補助の3分の1程度である。一方、任意後見契約の登記件数は4万9696件であるが、これは法定後見の開始審判認容件数の4分の1程度である。このうち任意後見監督人が選任されたのはわずかに2778件に過ぎず、上記登記件数の5.6%に止まる。あるべき適正数値には遠いのではないだろうか。事後的制度である法定後見に優先する事前の手当てである任意後見契約が活用されていない状況にも多くの問題点があると思われる。この点につき、新井誠教授は、次のように指摘している。すなわち、「このような事態を手を拱いて放置していれば、成年後見法の理念そのものが画餅に帰してしまうことが強く懸念される。…（中略）…世界の成年後見法の潮流が任意後見の利用を促進する方向に動いている状況下において、任意後見の利用の低迷も憂慮すべき事態である。このように利用が低調である任意後見制度の乱用事例がすでにいくつか出現していることはさらに深刻に憂慮すべき事態である」⁽²⁷⁾。

第2章 法定後見制度

第1節 法定後見制度利用の実態

1. 申立人の内訳と申立ての動機

まず、申立人の内訳と申立ての動機を最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況」報告資料（2010年1月～12月）⁽²⁸⁾から眺めてみよう。

申立人	100.0%	申立の動機	総数49,983件中
本人の子	37.1%	財産管理処分	26,883件
その他の親族	14.8%	遺産分割協議	4,737件
本人の兄弟姉妹	14.5%	身上監護	10,406件
市区町村長	10.3%	介護保険契約	3,637件
配偶者	8.1%	その他	4,320件
その他	15.2%		

これによると、申立人の属性は、本人の子やその他の親族と兄弟姉妹を合わせて66.4%を占め、さらに配偶者申立てを含めると74.5%になる。本人に4親等以内の親族がいない場合には、法定後見の利用が困難な状況がみてとれる。さらに筆者自身が関わった支援からも窺えることであるが、本人が生活困窮者である場合においては、たとえ4親等以内の親族がいたとしても、彼等は、申立人として関わることを躊躇することも指摘しなければならない。このような事案においては、市区町村長申立てに頼らざるを得ないことになる。しかし、上記資料が示すように、市区町村長申立て件数は全体の10.3%に過ぎない。潜在的ニーズに十分対応しているとは思えないのである。

申立ての総件数の少なさは憂慮されることではあるが、さらに気がかりであるのは申立ての動機である。遺産分割を含む財産管理処分を目的とする申立てが6割を超えている。それに対して、介護保険契約を目的とする申立ては1割に満たない。財産を有しない者も、福祉サービスを利用し医療を受けるには契約を締結する必要がある。判断能力の低下した者がこれらの行為を行うには、他者の支援が必要になる。改正法が介護保険制度施行とあわせて施行されたところにも、成年後見制度のこの機能への期待があったはずである。すなわち、成年後見制度の意義は、従来の財産を保護する制度から、広く判断能力を喪失し、または減退した者の意思決定の支援制度に、また身上を保持し、権利を擁護する制度に変わったというべきである⁽²⁹⁾。このように、超少子高齢社会においては、介護保険契約を含む身上監護のための申立てが、より重要視されるべきであるにもかかわらず、そうはなっていないようである。これが成年後見制度の利用の実態である。

以下、遺産分割を含む財産管理処分を目的とする申立てと、介護保険契約を含む身上監護を目的とする申立てに大別して、それぞれの問題点をもう少し見ておくことにする。

2. 遺産分割を含む財産管理処分のための申立て 家庭裁判所パンフレット（最高裁判所作成）6 頁に次のように記載されている。

成年後見人の任期はいつまでですか？

通常、本人が病気などから回復し判断の能力を取り戻したり、亡くなるまで成年後見人として責任を負うことになります。申立てのきっかけとなった当初の目的（例えば保険金の受領や遺産分割など）を果たしたら終わりというものではありません。

成年後見人を辞任するには、家庭裁判所の許可が必要となり、それも正当な事由がある場合に限られています。ただし、補助人は、代理権が付与された特定の法律行為が完了するなどした場合、代理権や同意権を取り消す審判を申し立てるなどして、その仕事を終えることができる場合があります。

このように法律問題解決後においても、後見人は就任し続けなければならないとする現行制度は、問題があると思われる。親族後見人にとって、本人を支え見守るという心労に加えて、家庭裁判所に対して定期的に後見事務報告をすることは、二重の負担であると言われている。実際に、親族後見人が後見事務報告書の作成に困難を抱えている状況を、筆者も目にするところがある。また、第三者が後見人になった場合においても、後見人との関係（気遣いなど）が負担であるという声を、本人と同居している親族から聞くこともある。一度きりの法律行為のために成年後見制度を利用しなければならないことに疑問を禁じ得ない⁽³⁰⁾。「ドイツにおいては、障害者監護の展開によって一度きりの法律行為のためには禁治産は選択されないが、すでに民法典制定の当時から禁治産を一度きりの法律行為のために利用するのは制度趣旨に反するとの見解があった」⁽³¹⁾。財産管理処分という場面に遭遇するまでは、判断能力の不十分な本人を、成年後見制度の利用をせずとも適切に見守っているという家族は少なくないであろう。にもかかわらず、一度きりの法律行為のために後見が開始され、その法律行為終了後の日常生活支援の場面では、ほとんど後見人による支援の

必要がない場合においても、本人死亡まで成年後見が継続するという現行の成年後見類型の権限等の包括性を考えたとき、ここには明らかな過剰干渉の危険性がみてとれる⁽³²⁾と言わざるを得ない。成年後見制度は運用次第では旧禁治産と同レベルのパターナリスティックな制度として、本人の自由を過剰に抑圧することになりかねない⁽³³⁾。そのような意味からも、本人のために最善の選択を適切に支援できる家族がいるとき、その家族の申立てによっては、後見終了が可能となるしくみが望ましいのではなかろうか。後見終了が可能となるとき、後見事件の長期間継続や累積による裁判所職員の負担も軽減されるであろう。そして成年後見による支援を待ち望んでいる多くの人びとのために、家庭裁判所職員や後見人等の人的資源を傾注することが可能となるのではないかと。

3. 介護保険契約を含む身上監護のための申立て

介護保険契約を含む身上監護のための申立ては、上記遺産分割を含む財産管理処分のための申立ての半数にも満たない。特に介護保険契約のためにする申立ては1割に満たないという現実がある。判断能力に問題を抱えた高齢者が、介護保険契約をするためには、成年後見制度の活用は欠かせないであろう。ここに、成年後見制度が申立主義（申立人がある人は利用できるが、申立人が見つからない人は利用しにくい制度）であることの歪みが顕著にあらわれていると思われる。遺産分割を含む財産管理処分の場合は、疎遠な親族であったとしても、推定相続人であるときには、申立人として手を挙げることもある。しかし財産はなく介護保険契約を含む身上監護のための申立てにおいては、親族らは疎遠であることを盾に関わりを拒否するのである。

次節において紹介する事例①、②は、介護保険契約を含む身上監護のための申立てといえよう。支援を求めていたのは、都会の分譲マンションの一室で孤立していた高齢者や共同住宅に住んでいた高齢者である。ともに判断能力に問題を抱えていた。既に、日常生活自立支援事業等の利用は不可能な状況であった。家族や法的地位を持つ支援

者（後見人等）がいない本人は、介護保険や医療の契約をできずにいた。また、ケアマネジャーや高齢者住宅管理者らは、身寄りがない本人を、成年後見制度の利用に繋げることができずにいた。身寄りがなくとも、制度を利用しやすいしくみに改善しなければならない。そのためには、市区町村長申立てに辿り着く道筋の整備と人材の育成が急務である。

第2節 支援の実例

以下、筆者自身が多くの関係者と協力し、申立てに辿り着き、後見開始の審判、後見人選任の審判がされた事例を紹介する。なお、個人情報保護の観点から、性別・年齢・状況等は事実を多少修正しておく。

事例①（市長申立てで支援できず、本人申立てで対応した事例）

本人は、分譲マンションで暮らす単身高齢女性である。パーキンソン病と認知症を患い、日常金銭管理ができずに公共料金やマンション管理費を滞納していた。足腰も弱く、外出できずにいた。本人の知人、近隣住人、ケアマネジャーで支援し続けるが力尽きる。そして、成年後見制度の利用に繋げることができず、時間だけが過ぎていった。

(1)ケアマネジャーから相談があり、本人を訪ねる。

(2)本人は発語できないが、こちらの言うことは少し理解している様子である。

(3)部屋は使用済みおむつの山であり、アンモニア臭でむせかえる。冷蔵庫の中は空っぽであり、部屋にはゴミが散乱し、通帳も印鑑もどこにあるのか分らない状況であった。

(4)身寄りは無いようである。その後、戸籍を調べるが、婚姻歴は無く、子供も兄弟姉妹もいなかった。1人で暮すことは無理であった。

(5)安心して暮らせる高齢者施設への入居契約には、成年後見人が不可欠であると判断された。

(6)本人の知人、保健師、ケアマネジャーと連携し、何とか申立てに向けて準備をする。

(7)何の法的身分もない後見人候補者として、仕事上の繋がり（信頼関係）を頼りに、役所、金融機関、病院、施設等を奔走する。

(8)主治医が状況を察して迅速に診断書を用意する。本人を車椅子に乗せ、ケアマネジャー、後見人候補者で家裁に向かう。

(9)調査官が本人を面接する。「後見人候補者が後見人になること、今後は高齢者住宅で暮らすこと、選挙権はなくなること」についての調査官の質問に、本人は発語できないが、うなずいた。調査官は、本人が申立てについて納得していると判断したようである。数日後に後見開始の審判がされる。

(10)審判確定後、アットホームな高齢者住宅に受け入れてもらう。月に1～2度、本人に会いに行くが、心身ともに元気になっている様子であった。後見から保佐、補助へと判断能力の回復が関係者の目標となっている。ただ、生活費はぎりぎり、大変な思いをしている。今は、本人にとって高齢者住宅で暮らすことが最善の選択ではないかと思っている。しかし、またいつか自宅に戻りたいのかもしれない。それまで、管理費、固定資産税を払い続けられるのか心配は尽きず、どう支援するのが本人のためなのか自問自答の日々であった。（最終的には、居住用不動産処分申立てを行い処分した。）

この事例には、日本の成年後見制度が申立主義を採用していることの問題点が露呈している。ドイツの仕組み⁽³⁴⁾（申請できるのは本人のみであるが、裁判所に職権があるため、誰でも裁判所に働きかけができる。）のように、近隣の人が通報することによって、適切な信頼できる後見人を選任するような制度があればもう少し早く支援ができたのである。

事例②（市長申立てで対応した事例）

本人は、高齢者住宅で暮らす70代単身男性（生活保護者、透析治療のため週3回通院、認知症・長谷川式11点）である。日常金銭管理をしていた次男が保護費を使い込み、その後連絡が取れなくなる。高齢者住宅の関係者、透析治療病院のソー

シャルワーカー、介護サービスのケアマネジャー、市（区）のケースワーカーでカンファレンスを重ねる。しかし時間だけが過ぎていった。

(1)透析治療病院のソーシャルワーカーから相談あり、カンファレンスに同席する。

(2)本人は契約能力を欠き、社会福祉協議会の日常生活自立支援のサービスは利用できない。成年後見制度に繋げるために、関係者は、申立てに協力する親族探しに奔走する。

(3)長男や兄弟等親族と連絡はとれたが、誰も本人と関わりたくないとのことである。結局、親族申立てが不可能な状況となる。そして、市長申立ての段取りをすすめる。

(4)市の担当者に、成年後見制度利用による本人支援の必要性を説明する。市長申立ての依頼と必要情報資料提供を行う。

(5)市長申立てが決定となる。市から家庭裁判所に郵送による申立てをする。

(6)数日後、家庭裁判所にて、調査官は、区の担当ケースワーカー・市の担当者・後見人候補者を1時間半にわたり面接する。

(7)数日後、高齢者住宅にて、調査官は、本人を1時間程度面接する。後見人候補者も同席する。

(8)数日後に後見開始審判がなされる。

(9)就任後、担当医から、本人の心身の状況、治療方針についての説明を受ける（後見人の重要な役割の1つである）。

(10)その後、本人の妄想言動が心配になり専門医に診てもらう。その結果、レビー小体症と診断され、現在は、薬で進行を遅らせている。本人は他人を寄せ付けないところがあったが、最近、月1度の面会を受け入れてくれるようになった。

本人と後見人の信頼関係の醸成は、よりよい支援に繋がる。なお、医師・看護師・ソーシャルワーカー・後見人各々の制度に対する認識のズレは、本人支援の遅れとなってしまう。それ故に、制度に対する共通認識の確立は急務である。

この事例では、関係者が成年後見制度の利用を検討してから申立てまでに10か月、審判確定・登記までに1か月以上を要した。つまり、実際に本

人の支援を始めるに至るまで、ほぼ1年を要したことになる。その間、後見人候補者は法的身分が何もないまま、ケースワーカー等の自治体職員・担当医・ソーシャルワーカー・高齢者住宅管理者・介護関係者らの調整役として奔走しなければならない。

事例③（家裁後見センター担当官との連携により申立てできた事例）

本人は、高齢者住宅で暮らす若年性認知症を患う60代男性である。妻は、余命を宣告され終末期医療病院に入院しており、子は所在不明である。妻から「自分亡き後の夫のことが心配だ」と相談される。

(1)妻から、夫の後見人になって欲しいと頼まれる。後見人候補者として何の法的身分もないまま、遠方に居住する親族・医師・看護師・ソーシャルワーカー・ケアマネジャー・高齢者住宅の長・ヘルパーらと協力しつつ、成年後見制度に繋げる段取りをする。

(2)妻は、亡くなる直前まで意思能力があり、申立人として必要な書類に自署できたことや、夫が入居している高齢者住宅の長が協力的であるなどの条件が揃い、後見開始の審判の申立てに辿り着くことができた。

(3)家裁後見センター担当官が、申立人（妻）の切迫した状況を察し、迅速な手続きがされる。妻は、病室に送達された「後見人選任の審判書」を見て安堵し、その5日後に亡くなった。

上記3つの事例いずれも、成年後見制度利用に辿り着くためには、支援者や関係者との協力や連携、かつ、粘り強い調整を要した。もし、後見人候補者や支援者らに、本人および自治体双方から委任された手続を代行する権限のような法的身分があったとしたならば、彼らは、より迅速に申立てに辿り着くことができたであろう。

人としての尊厳を失いかけていた人びとは、後見人という支援者とともに、ふたたび社会と繋がっていくのである。

第3節 裁判例からの示唆

以下、「後見開始の審判と同時にされた成年後見人選任の審判に対する不服申立ての可否」に関する3件の裁判例を取り上げて検討する。

①禁治産宣告審判に対する抗告事件（東京高裁平成12年9月8日決定・家月53巻6号112頁）

②後見開始審判に対する即時抗告事件（広島高裁岡山支部平成18年2月17日決定・家月59巻6号42頁）

③禁治産宣告及び後見人選任審判に対する抗告事件（東京高裁平成12年4月25日決定・家月53巻3号88頁）

①禁治産宣告審判に対する抗告事件（東京高裁平成12年9月8日決定・家月53巻6号112頁）について

（趣旨）

後見開始の審判申立てを認容する審判と同時にされた成年後見人選任審判に対する不服申立てである即時抗告を却下した事例。

（事案の概要）

家裁調査官の調査報告書及び鑑定人の鑑定結果によれば、事件本人は明治40年生れの女性であり（申立時90歳を超えている）、男3人、女2人の実子があり、長男の子3人とそれぞれ養子縁組をしている。実子のうち3人の男性は死亡しており、事件本人は平成元年から平成8年9月まで脳梗塞で3回倒れその都度入退院を繰り返した。事件本人は養子縁組をした長男の子と同居していた。3回目の退院の後はケアハウスで生活していたが、平成12年4月1日から高齢者用賃貸ハウスに転居し生活している。

本件申立ては一番末の実子（女性）が申し立てたものであり、後見人候補者として申立人を記載していたと思われる。原審は後見人として後見人候補者ではなく、弁護士を選任した。

抗告人（一番末の実子）は、抗告の理由において、後見人を2名とし、財産管理担当に弁護士を、介護担当に抗告人を選任する審判を求めている。

原審は後見人として弁護士を選任した理由を

「本件及び関連事件の各記録から窺われる諸事情及び本人の財産の状況に鑑みると、弁護士を選任するのが相当である。」と述べるのみで、後見人候補者を退ける具体的な事由は摘記していない。

（決定要旨）

抗告却下（確定）

「本件成年後見人の選任は後見開始に付随してされた審判というべきものであり、成年後見人選任に関する審判に対して不服申立てを認める旨の規定がないこと（家事審判規則27条2項は、後見開始の審判を申し立てた者について、同申立てを却下する審判に対して抗告することができる旨を規定するととどまる。）からすれば、成年後見人選任の審判に対しては独立して不服申立てをすることができないと解される。なお、本件抗告の理由によれば、抗告人は、成年後見人を2名とし、前記弁護士を財産管理担当に、抗告人を介護担当に選任することを求めているが、これについては、成年後見制度の新設に伴う改正後の民法によって、家庭裁判所に対し成年後見人の追加的選任に関する申立てをすることが可能となった（民法843条3項）のであるから、その審判手続きにおいて、複数の成年後見人選任の要否並びに選任する場合における相互の事務ないし権限の各内容、範囲及び相互の関係等を具体的に審理したうえで判断されるべき事項であり（民法859条の2第1項参照）、これらの点について抗告の対象とすることは許されない。」

②後見開始審判に対する即時抗告事件（広島高裁岡山支部平成18年2月17日決定・家月59巻6号42頁）について

（趣旨）

後見開始の審判申立てを認容する審判と同時にされた成年後見人選任審判に対する不服申立てである即時抗告を却下した事例。

（事案の概要）

抗告人は事件本人の後妻の子であり、原審が選任した後見人は事件本人の先妻の子Cである。

1 抗告人は、抗告人がこれまで通り本人の年金で生活し、病気入院などの予定外の支出がある

ばあいには本人の蓄えをつかうことができればそれでよいと考えてきた。そして、Cと相談し、同人がこのような抗告人の意向に添うと述べてきたので、Cが後見人となることにあえて反対を唱えないうでいた。

2 Cは事件本人が本籍地に所有する宅地を〇〇に賃貸し、同社はその地で△△事業を行おうとしている。このような行動から、抗告人の兄弟は、Cが事件本人の財産を独り占めしようとしているのではないかとの疑いをもってきた。

3 このような経緯の中で、2006年（平成18年）×月×日抗告人とCが話し合いを持った結果、Cは、後見人となることを辞退することを約束した。ところが、岡山家庭裁判所倉敷支部から×月×日付けで届いた通知書には、Cを後見人選任する旨の記載があり、Cが後見人を辞退するという約束を破っていたことが判明した。

4 このようなCの行動から、同人に本人の財産管理を任せると抗告人自身の生活に支障を来すのではないかとの不安を抱くに至った。

5 そこで、後見人として公平な第三者を選任していただきたく、即時抗告を申し立てた。

（決定要旨）

抗告棄却（確定）

「審判に対しては最高裁判所の定めるところにより即時抗告のみをすることができるところ（家事審判法14条）、成年後見人選任の審判に対し即時抗告をすることができる旨の規定はない。家事審判規則27条1項は、民法7条に掲げる者は後見開始の審判に対し即時抗告をすることができる旨を規定しているが、その趣旨は、民法7条に掲げる者で後見開始の審判に不服のある者に即時抗告の権利を認めたものであり、それと同時にされた成年後見人選任の審判に対し即時抗告を認めたものではない。

したがって、後見開始審判に対する即時抗告において、後見人選任の不当を抗告理由とすることはできず、抗告裁判所も原審中の成年後見人選任部分の当否を審査することはできない。法は、後見人にその任務に適しない事由があるときに

は、家庭裁判所は、被後見人の親族等の請求又は職権により、これを解任することができる（民法846条）などと定めているにとどめているものである。」

③禁治産宣告及び後見人選任審判に対する抗告事件（東京高裁平成12年4月25日決定・家月53巻3号88頁）について

（趣旨）

禁治産宣告の申立人は、禁治産宣告の審判に対し即時抗告することができない。禁治産宣告の審判と同時にされた後見人選任の審判に対し、独立して不服申立てをすることはできない。禁治産宣告の申立人は、申立てを却下する審判に即時抗告を申立てることができるのみで禁治産宣告の審判において禁治産宣告が相当であるときは、後見人選任の審判に独立して不服申立てをすることはできないとされた事例。

（事案の概要）

明治42年生れの事件本人は昭和62年3月特別養護老人ホームに入所し、医師から脳血管性痴呆と診断された。事件本人の親族は、事件本人の弟の長女と、二女（パン屋C）と、二女の長女（申立人X）である。C及びXは、昭和63年に事件本人の所在を知ってから、事件本人に面会に行くようになった。前記老人ホームは、事件本人の財産管理能力に疑問が生じ、平成11年5月、Cに対し、事件本人の財産管理を前記老人ホームに委ねる旨の「管理運営依頼書」への署名を求めたが拒否された。Cは事件本人について禁治産宣告を申し立てたが、同年9月1日、右申立てを取り下げ、代わってXが事件本人について禁治産宣告及び後見人選任の審判を申し立て、後見人候補者をXとした。

原審は、Xの申立てどおり事件本人を禁治産者としたが、後見人として後見人候補者ではなく弁護士を選任した。そこで、Xは、鑑定結果に疑問があるので禁治産宣告の審判に不服があること、事件本人と身分関係のない第三者である弁護士を後見人に選任したことは不当である旨主張して、抗告した。なお、原審における家裁調査官が施設

において本人を観察した状況として、本人は、平成4年ころ「親族のパン屋（二女C）が借金をしにきて困る。パン屋に金を取られたくない。」などと述べていたこと、本人は弁護士が後見人に選任されることを承諾していることが報告されている。Xは自己の利益を目的として申立てをした可能性が高いと思われる事案である。

（決定要旨）

抗告却下（確定）

「家事審判法14条は、審判に対しては、最高裁判所の定めるところにより、即時抗告のみをすることができる旨定めているところ、禁治産宣告の申立人は家事審判規則27条2項により、禁治産宣告の申立てを却下する審判に対して即時抗告を申し立てることができるのみであって、禁治産宣告の審判に対して即時抗告を申し立てることはできない。

また、家事審判規則27条は、民法7条に掲げる者等が禁治産宣告の審判に対し即時抗告をすることができる」と規定しているが、右の趣旨は、禁治産宣告に不服のある前記該当者に即時抗告の権利を与えたものであり、これと同時にされた後見人選任の審判に対し即時抗告権を認めたものではなく、他に後見人選任の審判に即時抗告をすることができる旨の規定は存しない。そうすると、後見人選任の審判に対し、独立して不服申立てをすることはできないと解するのが相当であるから、禁治産宣告と後見人選任が同時にされた審判に対する即時抗告において禁治産宣告が相当であるときは、抗告裁判所は、原審判中の後見人選任の部分につき、その当否を審査することはできないというべきである。」

（検討）

3件の抗告事件は、いずれも後見人選任の審判に対する不服申立ての可否を争点としたものである。それに対する判断は、いずれも後見人選任の審判に対して不服申立てはできないとされた。原審判の判断理由は明らかではないが、資料から窺える後見人選任の理由は極めて簡単なものである。

①及び③の事案は、家庭裁判所が申立書に記載した後見人候補者ではなく事件関係者と無関係の弁護士を選任したことを不服としている。

①の事案は、財産管理の後見人として弁護士を選任したことに不満はなく、介護担当に抗告人を選任する審判を求めている。介護担当を事実上の介護と捉えているとするならば、事実上の介護は後見人に選任されるか否かにかかわらず任意にできるのであるから、抗告の趣旨はよく理解できず、不満は別のところにあるのではなかろうか。それに対して、介護担当を身上監護として捉えているのであれば、抗告人が身上監護の後見人として審判がなされてもよさそうなものである。民法843条3項で追加的選任に関する申立てをすることが可能になったとしても、即時抗告により早期に解決する道があってもよいのではないだろうか。

③の事案は、事件本人は申立人が後見人に選任されることに消極的であり、乱用的な申立てと疑われる事案ではなかろうか。

②の事案は、抗告の理由どおりであれば、第三者が後見人に選任されるべき事案ではなかろうか。これについて、解任の方法があることを理由に掲げている。しかし、それは申立人の気持ちを軽視した上に心労を与えてはいないか。解任するには具体的な解任事由を示して申立てをしなければならぬ。

3つの抗告審と原審の判断から垣間見ると、申立書に記載した後見人候補者を退け、候補者ではない者を選任した理由が、申立人に伝えられていないように思われる。なぜ、このような審判が一般に行われてきたのであろうか。それはとりもなおさず、「後見人選任の審判について不服申立ては許されない」という裁判実務が原因となっていると思われる。

当事者の手続保障が軽視されているのではないだろうか。不服申立てができないというそのことをもって、家庭裁判所は、後見人の選任を裁判所の専権と捉えてしまっているのではないだろうか。そうであるとする、どうしても本人及び申立人等の意見を丹念に聞く必要性を認めない（民

法の趣旨にも背く)し、審判書にも後見人候補者以外の者を選任した理由を具体的に記載しないこととなる。その結果、選任の当否について高裁の判断も蓄積されず、どのような場合に後見人候補者ではなく、候補者以外の者を選任すべきであるのかという基準は深化する機会を失い明確にならないのではないのか。

最高裁事務総局家庭局編「改定成年後見制度関係執務資料」によれば、成年後見人等選任の審判が即時抗告できる審判として掲げられていない理由として、「成年後見人等の選任は後見開始の審判等がされていることを前提とするもので、だれを成年後見人等を選任するのかは、家庭裁判所が民法第843条第4項に掲げられた諸事情を総合的に考慮して判断すべきもので、家庭裁判所の後見的役割に委ねることと足りると考えられていることによるものであり、この点は、従来と同様である。」と説明されている。この判断は、禁治産制度の時代から一貫して維持されてきたものであり、新しい成年後見制度が、平成12年4月1日に施行された後も、この判断は受け継がれている。成年後見制度が新しく導入されたのにもかかわらず、後見人等選任の審判については従来どおり、すなわち禁治産制度のときと同様に不服申立てはできないとされ、実務もこれに従っているのである。

なお、民法第843条第4項は「成年後見人を選任するには、成年被後見人の心身の状態並びに生活及び財産の状況、成年後見人となる者の職業及び経歴ならびに成年被後見人との利害関係の有無(成年後見人となるものが法人であるときは、その事業の種類及び内容並びにその法人及びその代表者と成年被後見人との利害関係の有無)、成年被後見人の意見その他一切の事情を考慮しなければならない。」と定めている。ここで注目すべきは「成年被後見人の意見」が挙げられていることである。

前記最高裁事務総局家庭局は、「家庭裁判所の後見的役割に委ねられ、その選任に裁量権が与えられている。」と説明しているが、このことをもって不服申立てができない理由とはならないので

はないだろうか。家庭裁判所には諸々の場面で後見的役割が与えられているが、それゆえに、その審判に不服申立てができないとはされていない。裁量権の逸脱は救済されなければならないであろう。

上記抗告審の判断あるいは実務に定着していると考えられる取扱い、本人あるいは関係者の手続保障の権利を奪うものであり、「自己決定権の尊重」・「残存能力の活用」・「ノーマライゼーション」を基本理念として新たに導入された成年後見制度の目指す方向に逆行する。家庭裁判所の実務において定着している前述した判断ないし手続上の取扱いについて、学説において、次のような注目すべき指摘がなされている。

①規定の不備ないし遺漏とみられるべき場合には、他の明文の規定を類推適用することができるのは、法の解釈理論上疑を容れないところである⁽³⁵⁾。

②解任請求には多大な事実上の負担感がある。即時抗告によって早期に解決を図るべきである⁽³⁶⁾。

③審判官の裁量権の逸脱・濫用に該当する場合、即時抗告の必要性和合理性が認められる。即時抗告によって一定の歯止めをなす可能性も残しておいたほうが、被後見人の福祉に寄与する⁽³⁷⁾。

また、比較法の視点から

④ドイツ法の下では、後見人の人選に対して、独立して不服申立てを認めるのが判例の態度である⁽³⁸⁾。

⑤手続における事件本人や関係者の不満の蓄積は、世話制度の根幹を危うくする。裁判手続に対して不満が生じることは、実体法において、いかに詳細に本人の自己決定の尊重や残存能力の活用を謳っても、それが実現されないことの徴表といえる⁽³⁹⁾。

さらに、手続法が実体法に及ぼす影響の視点からは、

⑥手続法が不完全なために、制度いかんが左右され、関係人に不満を生じさせ、ひいては成年後見制度の基本的な考え方自体がゆがむ危険性を有している⁽⁴⁰⁾などである。

上記学説④、⑤は、家事審判における手続保障のあり方に一石を投ずるものとして注目されるとしつつ、倒産手続における管財人の選任は、裁判所の裁量に委ねられ不服申立てができず、財産管理制度の中で、管理者を誰にするかにつき裁判所の裁量を尊重する態度が立法上貫かれている⁽⁴¹⁾との指摘があるが、倒産手続における管財人の選任の場合を引き合いに、後見人選任につき不服申立てを認めない理由としてよいのであろうか。倒産手続は、既に破産者が債務超過に陥り財産を換価処分し配当を行う手続である。破産者は自己の財産の管理外に置かれており、財産管理を放棄させられている。自己の財産の行く末については無関心なのである。そのような立場の人は財産管理を裁判所に任せ、その選任に異議を述べる必要は全くないのである。

一方、成年被後見人の財産はまだ立派に生きている⁽⁴²⁾。本人にとってはこれからの大切な生活の糧である。次元の違う手続を根拠とする解釈には、無理があるのではないだろうか。

筆者の職業上の経験（成年後見相談）において、後見人等の選任結果に危惧を表明する声をときおり聞くことがある。例えば、「知的障がい者の補助人として選任された者のコミュニケーション能力に問題があり、本人を支援している関係者が、補助人と適切な関係を構築できず困っている。」「認知症の叔母のために選任された後見人の横柄な態度に、その叔母の面倒を見ている姪が不愉快な思いをさせられている。」「親亡き後を託せると思い後見制度を利用したが、選任された後見人の非常識さに悩まされ、制度を利用してしまったことを後悔している。」「認知症である母親名義の預金払い出しのために、その母親と同居し介護をしている長女を後見人候補者として申立てをした。しかし母親と疎遠であった長男が同意せず、第三者が後見人となった。母親の介護で大変なうえに後見人との関係や後見人報酬に納得できないでいる。」など後見人の資質に関する相談が多いと感じている。

このような状況を放置したとき、まさに、学説

の⑤、⑥（「手続における事件本人や関係者の不満の蓄積」、「手続法が不完全なために、制度いかんが左右され」る）が指摘するように成年後見制度の基本的な考え方自体がゆがむ危険性を危惧する。

また、筆者が関わった支援の実例でも見てきたように、誰⁽⁴³⁾が後見人に選任されるのかということは、本人及び家族や福祉関係者等の支援者にとって重要な関心事である。彼らにとって、後見人選任の審判は後見開始に付随した審判ではないのである。信頼できる適任者が後見人候補者となった場合には、後見開始後の後見事務が円滑に行われる見通しが得られる。本人を支援している関係者は、当然このことを承知している。それゆえに、本人と面会した上、本人の意向（判断能力を欠く常況であっても残存能力により確認できる場合がある）を確認し、信頼できる後見人候補者を定めて申し立てるのである。したがって、本人あるいは関係者は、後見開始審判申立てについて後見が開始されるか否かと同様に、申立書に記載した後見人候補者が家庭裁判所によって後見人に選任されるか否かは、重大な関心事なのである。後見人候補者と異なる人物が選任された場合には、あらためて信頼関係を築かなければならない。このような申立てに至る手順や過程等を考えると、後見人候補者と異なる人物が選任された場合には、不服申立ては手続上の権利として保障されなければならない⁽⁴⁴⁾ことは明らかであろう。ドイツ法は、本人による法定後見人の指名が、原則として裁判所を法的に拘束することを認めており（ドイツ民法1897条4項）例外的に本人の指名を排除できるのは、当該候補者の選任が明らかに本人にとってマイナスとなる場合に限定している⁽⁴⁵⁾。

一方で、他の相続人より相続を有利に行うために、本人の財産の管理権を得ようとするなど、本人のためではなく申立人等の利益のために申し立てる（法を悪用する乱用の申立て）場合は、申立書に記載する後見人候補者を選任してはならないというまでもない。このような場合には、家庭裁判所は、後見的役割を発揮して適切な後見人を選

任しなければならない。他方で、成年後見制度が予定している本人のために、その福祉の向上に真摯な関心を有する家族あるいは関係者等が申し立てる⁽⁴⁶⁾いわば正常な申立事案については、彼らが時間をかけ後見人候補者を探し出し、十分コンタクトをとって信頼関係を築き上げ、確信をもって申し立てるのである。

家庭裁判所は、どうしてその候補者を定めたのか、本人あるいは支援者らの声に十分耳を傾けるべきである。その過程に格別不審な点がなく親族に反対する者がいなければ、家庭裁判所は、原則として後見人候補者を後見人に選任すべきであると考ええる。そのことは民法843条4項が規定する成年被後見人の意見を考慮するという趣旨に適うものである⁽⁴⁷⁾。家庭裁判所は、本人及び申立人らと真剣に向き合い協働して後見人を選任することにより、後見事務の円滑な遂行を目指すべきであろう。不服申立てを拒絶する取扱いの踏襲は、成年後見制度を深化させる機会を自ら摘み取ってしまっていることを憂慮する。

第3章 任意後見制度

任意後見契約に関する法律10条1項には、任意後見契約⁽⁴⁸⁾が登記されている場合には、家庭裁判所は、本人の利益のため特に必要があると認めるときに限り、後見開始の審判をすることができる⁽⁴⁹⁾と規定され、3項で任意後見監督人が選任された後において、本人が後見開始の審判等を受けたときは、任意後見契約は終了すると規定されている。このように任意後見制度と法定後見制度は併存し、法定後見制度が任意後見制度を補充する制度となっている。そして、法定後見と任意後見が併存するとき、法定後見の補充性が発揮されるのは、「本人の利益のため特に必要であると認められる場合」に限られる⁽⁴⁹⁾。

このように任意後見制度は、自己決定権の尊重という理念を具体化した制度である。私的自治の尊重の観点から、判断能力の低下前に本人が締結した任意代理の委任契約に対して、本人保護のために、必要最小限の公的な関与（任意代理人に対

する公的機関の監督）を法制化したものである。法定後見制度においても、成年後見人等を選任する場合は成年被後見人等の意思を考慮すべきこと（民法843条4項等）や、成年後見人等は本人の意思を尊重しなければならない（民法858条）等と規定されている。しかし、自己決定の尊重の理念が反映されてはいるものの、尊重すべき本人の意思が低下後のものであるため、自己決定を貫くことに限界があろう。

第1節 任意後見契約締結の実例

以下、単身世帯・二人世帯の高齢者から、今以上に心身が衰えたときの生活を心配して筆者に相談があり、任意後見契約を締結した実例を紹介する。なお、個人情報保護の観点から、性別・年齢・状況等は事実を多少修正しておく。

1. 事例

事例④（契約時、事務委任契約も発効させない事例）

本人は、長年姉妹二人で暮らしてきた。昨年、姉が亡くなり、現在は一人暮らしをしている82歳の女性である。判断能力は衰えていないどころかかなり聡明である。婚姻歴はなく、子供も推定相続人もなく、頼れる親族もいない。介護保険制度を利用して暮らしているが、今後の身体的衰えと精神的衰えを心配している。賃貸マンションの原状回復含め、死後の手続きを誰かに頼みたいと考えていた。

以上の相談があり、筆者が移行型任意後見契約と死後事務の委任契約の受任者及び遺言執行人となる。

当分、本人は、介護保険制度を適切に利用して暮らし、事務委任契約は、あらためて書面により依頼された時から開始することにした。身体が衰えたときの事務委任契約の受任者や、判断能力が衰えたときの任意後見人の存在は、単身・二人世帯高齢者にとってはこころの支えとなっているようである。また、本人に、信頼できる友人・知人・介護関係者がいる場合であっても、任意後

見契約公正証書に記載され、登記もされた受任者（将来の任意後見人）の存在は、格別の安心感をもたらすようである。無形の効果といえよう。現在は、月1度の電話による見守りをしている。事務委任の開始以前においても、契約当事者としての信頼関係は重要である。

事例⑤（契約締結の約1年後に事務委任契約を発効させた事例）

本人は、分譲マンションにて、一人で暮らす80歳の男性である。心身ともにしっかりしている。子は海外に永住しているため、頼ることはできない。本人の近くに姪家族が暮らしているが、面倒はかけたくないと思っている。

(1)事例④と同様、移行型任意後見契約と死後事務の委任契約の受任者となる。当面、姪に見守られながら生活を続けて、あらためて書面により依頼された時から事務委任契約を開始することになっていた。

(2)ある時、本人は、高齢者マンションの内覧会に行き、入居一時金1,500万円の入居契約をしたしまった。その後、契約したことを後悔し、取消したいと相談される。それを機に事務委任契約を開始することにした。任意後見契約の受任者（法的には取消権はないが）の立場で、高齢者マンションの担当者に本人の意向を伝えたと、了承してもらえた。このように、任意後見契約の受任者（将来の任意後見人）の存在は、本人に安心感をもたらすとともに、契約の相手方にとっても高齢者の後ろで見守る存在は有用である。

(3)事務委任契約発効後、自宅権利書等の重要書類を預かり、1か月に1度の電話による見守りと、2か月に1度の面談による見守りを行っている。見守りというコミュニケーションを通じて信頼関係を築いている。その信頼関係の構築（繋がり）が任意後見制度の「要」であることを再認識する。

事例⑥（契約と同時に事務委任契約を発効した事例）

本人は、自宅にて、一人で暮らす70歳の女性である。学習する機会に恵まれず漢字が不得意で

ある。クリーニング店で50年以上働き、ひとしばい財産を残している。婚姻歴はなく、子もいない。しかし、本人には推定相続人である兄弟姉妹甥姪が多数おり、その者らからの金の無心や自身の財産管理が心配になったと、準公的機関を経由して相談がある。移行型任意後見契約を締結し、事務委任契約の受任者として、財産管理事務を行っている。

(1)月1度の電話による見守りと、月1度の面談により、本人の安否や心身の状態及び生活の状態の確認をしている。

(2)契約で繋がっている関係（信頼）であるが故に、裁判所が関与する法定後見人以上の責任の重さを感じるとともに、充実感も大きいものがある。

(3)準公的機関に対しては、報告義務はないものの、本人の様子を適宜の時期に報告している。

(4)この事例の委任者は、受任者に見守られているという感覚ではなく、頼りになる身寄りがあったという感じのようである。電化製品等の購入時や、通院や入院時における受任者の存在が有難いそうである。

事例⑦（見守り契約から任意後見契約に移行する事例）

本人らは、賃貸マンションで暮らす80代後半の夫婦である。知人のアドバイスもあり、事前の備えとして、信頼できる専門家と任意後見契約を結びたいと考えていた。

(1)高齢夫婦二人でしっかりと暮らしている。今後も、今まで同様に、二人でしっかりと暮し続けるために、「見守り契約及び任意後見契約」を締結する。

(2)1か月に1度、見守りを兼ねて、近くの喫茶店で二人に会う。

(3)見守りをする中で、高齢者だけの世帯で起こっている現象を垣間見ることもある。この夫婦は、生涯かけて築いた全財産（現金）を、知人のアドバイスにより、自宅で保管していた。その訳は、配偶者が亡くなったときの銀行手続き（相続手続き）が大変であるからであった。そこで、夫

婦双方へ相続させる旨の遺言公正証書を作成し、自宅で保管していた現金を金融機関に預けた。

この例のように「見守り契約及び任意後見契約」は、任意後見制度の本来の姿であろう。見守りをする中で、任意後見契約のスタート時期は把握できる。その上、夫婦二人でしっかり暮らしているため、事務委任契約の必要性はあまりないであろうと判断した。任意後見契約発効前＝判断能力の低下前（任意後見監督人選任前）⁽⁵⁰⁾においては、見守り契約を通して、将来発効を予定した任意後見契約は大きな役割を果たしている。また、見守り契約がなければ、任意後見契約を締結した要請に応えられないともいえる。見守り契約の締結は任意後見契約を締結する上で、必須であると考え⁽⁵¹⁾。

この事例のように、自己決定と尊厳を望む高齢者は増えている。この夫婦は、終末期医療において、不必要な延命措置を望まないとのことから、尊厳死⁽⁵²⁾公正証書を作成する予定である。事務委任契約の締結はしていないが、1か月に1度の面談の際に、介護保険制度の利用のアドバイスや、賃貸マンションでの暮らしが大変になった時に備えて、サービス付き高齢者向け住宅の情報提供などを行っている。

次節で検討する裁判例においても、任意後見契約締結時における委任者の意思能力の存否につき争われているが、ここまで見てきた事例において、公証人がどのように本人の意思能力を判断しているのかを、次に、少しだけ見てみよう。

2. 公証人による委任者の意思能力の確認

公証人は、第三者が受任者となる任意後見契約締結においては、委任者本人に対し、丁寧に任意後見契約について説明をしている。契約内容を1条ずつ読み上げる場合もある。委任者が契約内容を正しく理解しているのか、ときおり質問を交えて確認をする場合もある。事務委任契約と任意後見契約の代理権目録の内容、発効時期、解約、終了等を、本人が理解して結ぼうとしているのかを慎重に確認⁽⁵³⁾をしている。それに対して、親族間

（例えば本人と同居し面倒をみている子や姪や甥等）で任意後見契約を結ぶ際には、委任者が契約内容（判断が低下した後に発効する契約であり、身上監護と財産管理を誰に任す等）を普通に理解できているかを公証人は確認⁽⁵⁴⁾しているようである。

第2節 裁判例からの示唆

以下において、任意後見制度と関連する3件の裁判例を取り上げて検討する。

④任意後見契約の登記後にされた補助開始申立て却下審判に対する即時抗告（札幌高裁平成12年12月25日決定・家月53巻8号74頁）

⑤保佐開始審判及び同意を要する行為の定め申立却下審判に対する抗告事件（大阪高裁平成14年6月5日決定 取消 差戻・家月54巻11号54頁）

⑥任意後見受任者地位確認等請求事件（東京地裁平成18年7月6日判決・判時1965号75頁）

④任意後見契約の登記後にされた補助開始申立て却下審判に対する即時抗告（札幌高裁平成12年12月25日決定・家月53巻8号74頁）について（趣旨）

既に任意後見契約を登記した後にされた補助開始及び代理権の付与の申立てをいずれも却下した審判に対する即時抗告審において、本人の補助開始の審判に関する同意が認められず、任意後見契約に関する法律10条1項にいう「本人の利益のため特に必要があると認める」べき事情を見出しがたいなどとして抗告を棄却した事例。

（事案の概要）

本人は大正生まれ、長男、長女、二女がいる。本人は平成4年から二女夫婦と同居した。平成10年2月に本人は脳梗塞で倒れて入院し、その後入退院を繰り返したが、平成11年3月に二女の自宅に戻り、週3回のデイサービスを受けている。本人が脳梗塞で倒れたのをきっかけに、二女夫婦が本人の財産を管理するようになった。

平成12年4月14日長男と長女は二女が本人の財産を管理するのは不適切であるとして、二女を相手方とする親族間の調整を求める調停を申し立て

(平成12年(家イ)683号)、同年5月12日第1回期日が開かれた。その席上本人は今後も二女と同居し、生活してゆきたいと述べた。

調停期日後に長女(申立人)は本件申立てをした。同年5月31日受付で本人作成の補助開始審判についての同意書が提出された。なお、調停は7月12日不成立で終了。本件申立事件は調査官の調査に付され、本人は調査官に対して、本件の申立てについて賛成できないと述べ、第1回審問期日においても同じ趣旨を述べている。

同年7月31日、本人は実妹との間で、本人の財産管理や身上監護に関する契約について代理権を妹に与えることを主たる内容とする任意後見契約公正証書を作成し、登記を完了した。

原審は、本人は申立てに同意していないこと、すでに任意後見契約を締結し、登記している場合、さらに補助審判をするには、本人の利益のために特に必要と認められることを要件とするところ、本件においてはそのような事情が認められないとして申立を却下し、申立人が抗告した。

(決定要旨)

抗告棄却(確定)。

本人は調査官や家事審判官の面前で明確にその同意を撤回する意思を表明しており、その際の本人の判断能力も低下しているとは認められず、同意の撤回は本人の真意であること、任意後見契約の締結に関する法律10条1項には「任意後見契約が登記されている場合には、家庭裁判所は、本人の利益のため特に必要があると認められるときに限り、後見開始等の審判をすることができる。」と定めており、本人の財産についてはすでに財産目録が作成されており、今後の大きな支出については、妹に管理が委ねられる手筈が整えられているとし、特に必要があると認められる事情は見当たらないと判断した。

⑤保佐開始審判及び同意を要する行為の定め申立却下審判に対する抗告事件(大阪高裁平成14年6月5日決定 取消 差戻・家月54巻11号54頁)について

(趣旨)

保佐開始の申立後、保佐開始の原審判がされる前に、本人が任意後見契約を締結し、かつ、その登記もされている事案において、この任意後見契約の無効原因をうかがうことはできないことから、保佐を開始するためには「本人の利益のために特に必要がある」ことを要するにもかかわらず、原審において、この点の積極的な審理・調査が尽くされたとも認められないとして、原審判を取り消し、差し戻した事例。

(事案の概要)

本人兩名(父母)の間には、長男(申立人)と二男(抗告人)の2人の子がいる。父は65歳の時に心筋梗塞で入院し、以後は入退院を繰り返したが、平成11年2月以降〇〇病院に入院した。母は父の見舞いに行く途中で転倒して肋骨を骨折し、平成12年2月以降父と同じ病院に入院した。本人兩名は平日は病院に入院し、週末に二男に迎えに来てもらって本人らの自宅に帰り、土日を自宅で過ごし、月曜日に病院に戻るという生活をしており、その所有する不動産や預貯金の管理も二男に委ねていた。

長男(申立人)は平成12年7月5日、神戸家裁尼崎支部に本件の申立てをし、保佐人候補者として自己が適切であると述べた。

父と二男は平成12年10月6日公証人の面前で、父を本人(任意後見委任者)とし二男を任意後見受任者とする任意後見契約を締結して公正証書を作成し、母も同様に公正証書を作成し、いずれも同月13日登記された。

尼崎支部は医師の鑑定書を基に保佐開始の要件が認められるとして、父母兩名につき保佐を開始し、長男と二男に争いがあることを考慮して保佐人として弁護士を選任し、その余は却下した。

二男は、本人兩名につき二男との間で任意後見契約が締結されているのに、特段の理由を示さずに保佐を開始したのは違法である、保佐人に弁護士を選任するのは本人兩名の財産を減少させ、日常生活や療養看護の費用に不足を来すおそれがあるとして抗告した。

(決定要旨)

原審取消し・差し戻し

任意後見契約が登記されている場合には、家庭裁判所は、「本人の利益ため特に必要がある」と認められるときに限り保佐開始の審判をすることができる（任意後見法10条1項、4条1項）。原審はこの点について何も判断していないとしてこれを取り消し、差し戻した。

大阪高裁は「本人の利益ため特に必要がある」ことにつき以下のとおり判断した。

任意後見契約が人違いや行為能力の欠如により効力が生じないのであれば、必要性につき判断することは要しない。「本人の利益ため特に必要がある」というのは、諸事情に照らし任意後見契約所定の代理権の範囲が不十分である、合意された任意後見人の報酬があまりにも高額である、後見法4条1項3号ロ、ハ所定の任意後見を妨げる事由があるなど、要するに、任意後見契約によることが本人保護に欠ける結果となる場合を意味すると解される。

⑥任意後見受任者地位確認等請求事件（東京地裁平成18年7月6日判決・判時1965号75頁について

（趣旨）

先行の任意後見契約が締結された後、高齢者である本人によって解除され、後行の任意後見契約が締結された場合、高齢者に意思能力がなかったとして、先行の契約の解除、後行の契約の締結が無効とされた事例。

（事案の概要）

養母（大正2年生）は、長年美容院を営んできた。養母は昭和18年に養子1と養子縁組をした。養母は平成12年1月20日、〇〇美容室の株式を養子1に相続させる遺言公正証書を作成した。

養母は、養子2と平成12年7月11日養子縁組をした。養母は平成12年7月25日〇〇美容室の株式を養子2に相続させる遺言公正証書を作成した。さらに同日養母は弁護士（先行任意後見契約受任者）と事務の委任契約及び任意後見契約を締結した。（養母と養子2との養子縁組について、その有効性が争われている。）

弁護士（先行の任意後見契約の受任者）は、平成13年6月19日、任意後見監督人選任を申し立てた。養母はこれに先立つ同月13日、弁護士（先行任意後見契約受任者）との任意後見契約を解除する旨の意思表示しており、同月20日、解除による終了の登記がされたため、申立ては却下された。

平成13年6月27日、養母と養子1との間で、任意後見契約を締結した。養子1は任意後見契約の解除の効力につき争いがあり、養子1が任意後見人の任務を遂行することは困難であるとして、法定後見開始の申立てをし、養母につき後見を開始する旨及び後見人に第三者である弁護士を選任する旨の審判がされている。

原告（養子2）は、「弁護士（先行の任意後見受任者）が受任者の地位を有すること、養子1と結んだ後行の任意後見契約は無効であること等」の確認請求訴訟を提起し、裁判所は原告の請求をすべて認めた事案である。

本件争点は、

第1点 養母と弁護士（先行の任意後見契約の受任者）との先行の任意後見契約解除時には、養母にその意思能力があったか、養母と養子1との後行の任意後見契約締結時に、養母には意思能力及び契約意思はあったか。

第2点 既に家庭裁判所による法定後見の開始をしていることは本件確認の利益がないといえるのかである。

（判決要旨）

認容 （上訴等）控訴

先ず、本件訴えについて確認の利益があるか否かについて、任意後見契約を締結した本人が法定後見開始の審判を受けた場合であっても、任意後見監督人が選任される前に法定後見の審判がされたときは、既存任意後見契約はなお存続することとされており（法10条3項の反対解釈）、任意後見監督人選任の申立てがあれば、法定後見による保護を継続することが本人の利益のために特に必要であると認められるときを除き、家庭裁判所は任意後見監督人を選任して（これにより、任意後見契約の効力が発生することとなる。）、法定後見の

審判を取り消すこととされている（法4条1項2号・同条2項）から、養母と養子1との間の任意後見契約の効力について争いがある（養子1は、任意後見契約が有効に締結されたことを前提として、原告（養子2）の請求を争っている。）本件では、養子2は、養母と養子1との間の任意後見契約が無効であることの確認を求める利益はあるものと認められる。そして、養母と被告弁護士との間の任意後見契約についても、これが有効に存続しており、被告弁護士が養母の任意後見受任者の地位があることが確認されれば、申立てにより任意後見監督人が選任されて、被告弁護士が任意後見人として、養母の財産管理や身上監護に関する法律行為を行うことができることとなる場合もあり得ることを考えれば、前記任意後見契約の締結及び解除の効力に争いのある本件では、原告（養子2）において、先行任意後見契約受任者である弁護士が養母の任意後見受任者の地位にあることの確認を求める利益があるものと認められる。

養母の意思能力の存否については、相当多数医学的所見が証拠として提出されており、本件の詳細な事実経過を考慮して、先行任意後見契約締結当時、養母には意思能力があったと認められるとし、平成13年4月以降、意思能力を喪失するに至ったと判断した。そうすると本件解除時及び後行任意後見契約締結当時は養母に意思能力はなかったと判断して全面的に養子2（原告）の請求を認めた。

（検討）

④、⑤の2件の抗告事件は、「任意後見契約優先の原則」について判断されたものである。特に、大阪高裁の決定は詳細である。これを要約すると、

1 任意後見契約が「人違いや行為能力の欠如」により効力が生じないのであれば、必要性につき判断することは要しない。

2 「本人の利益のため特に必要がある」というのは、諸事情に照らし任意後見契約所定の代理権の範囲が不十分である、合意された任意後見人の報酬が余りにも高額である、法4条1項3号ロ、ハ

所定の任意後見を妨げる事由があるなど、要するに、任意後見契約によることが本人保護に欠けることになる結果となる場合を意味する。

3 任意後見契約の登記は法定後見等の申立ての前後を問わないこと、申立てに任意後見契約が登記されたとしても、そのことから直ちに「本人の利益のため特に必要がある」ということは言えない、ということになろう。

任意後見契約締結後に本人の状況が変化し法定後見との調整が必要となった場合において、本決定の示した「基準」は実務上有用であると思われる⁽⁵⁵⁾。

⑥の請求事件の任意後見受任者の地位の確認を求める利益に関する判決理由は、任意後見法による規定（任意後見契約優先の原則の定め）により妥当であろう。意思能力⁽⁵⁶⁾の存否についても多数の医学的所見が証拠として提出されており、当事者間の事実経過を考慮すると妥当であろう。本判決理由に対して、任意後見契約締結や解除における「本人が理解すべきこと」や遺言作成能力・贈与能力・財産取引における契約能力と比較した場合の「意思能力の程度」が示されていない⁽⁵⁷⁾との指摘がある。前節で見てきたように、筆者が職業上経験する現場では、公証人が委任者に求める意思能力の程度は、遺言作成能力よりも高い能力が必要とされているようである。ただし、前述した任意後見契約締結事例でもふれたが、契約当事者の人間関係により委任者の意思能力（あり・なし）程度の判断は異なるようである。信頼できる親族間においては、受任者である親族に任すという意思能力があればよく、第三者が受任者となる場合には、契約の内容を正確に理解する意思能力が必要とされているようである⁽⁵⁸⁾。本件は、任意後見制度ができてまもない事件であり、任意後見制度の理念である「自己決定権の尊重」が浸透（現在においても必ずしも浸透しているとは言えないが）していないが故におきた事案と思われる。

「任意後見制度優先の原則」についてももう少し注意深く見てみるならば、近時の学説は任意後

見制度優先の原則について、パターンリスティックな本人保護を強調し任意後見制度優先の原則の適用を抑制する傾向にある。そのことにつき上山泰教授による注目すべき論考に「任意後見の法定後見に対する比較優位性を相対化して理解すべきであるという結論には同意する。しかしこの結論は、相対理念であるパターンリスティックな本人保護の強調を通じてではなく、むしろ、任意後見制度優先原則の正当化原理とされている自己決定（本人意思）の尊重の理念を突き詰めていくことから導き出すべきではないかと考える。…（中略）…『任意後見人も法定後見人も共に、自らの他者決定的な権限行使に先だって、まずは自己決定支援の可能性を最大限に追求すべきこと』が、法的ルールとして確立された暁には、自己決定（本人意思）の尊重という面からみた任意後見と法定後見の差異は限りなく相対化されることになり、任意後見制度優先の原則の実質的意義もほとんど失われてしまうのではないだろうか。」⁵⁹⁾とある。同様に菅富美枝准教授は「任意後見契約に関して問題とされるべき『本人の意思』とは何かについて明らかにされたならば、イギリス法と同様、『本人を中心に位置づける（principal-centred）視点』をより明確に示すことが可能となり、今後の裁判例に対してのみならず、任意後見制度を運用していく上で、影響力を与えることができたように思われる。…（中略）…イギリス法やイギリス社会においては、任意後見契約の締結とは、財産を運用したり処分することとは異なると理解されており、判例法上も明確であった。すなわち、任意後見契約の締結とは、受任者に対する真摯な信頼に基づいた慎重なる代理権授与行為（その裏返しとして、受任者は、信認義務を負っている）であったのである。」⁶⁰⁾と論述している。

上記2つの論考にあるように、後見人等は、他者決定的な権限行使より自己決定支援の可能性を追求すべきであるという法的ルールの確立や、本人の意思とは何かが明らかとなり、本人を中心に位置づける視点を明確に提示できたときには、任意後見制度を悪用する推定相続人やそれに加担す

る者を排除できるのではなかろうか。任意後見契約の受任者（筆者）として、一にも二にも、委任者と受任者相互の信頼関係が重要であると痛感する。委任者が任意後見制度に求めることは、後ろで見守り、いざというときに代理をする信頼できる受任者の存在そのものであろう。実務においては、任意後見契約の受任者として、委任者との信頼関係醸成の重要性を事あるごとに再認識する。そして、それは極めて難しいことでもある。それ故に、受任者にとっては、信頼関係が醸成されていく過程における充実感が、後見という役目を果たす推進力となっているように思える。

以上、第1章で成年後見制度の概要と利用件数、第2章で法定後見の実例と裁判例、そして、第3章では任意後見の実例と裁判例を見てきた。次章においては最近の動向（家事事件手続法の制定、成年後見の社会化に向けての厚労省の取り組み）を踏まえた上で、成年後見制度が信頼され有効活用されるべく若干の提案を試みる。

第4章 最近の動向と改善提案

「はじめに」で述べたように、社会との繋がりを失いかけている人びとが増えており、今後もこの傾向は加速すると考えられる。吉田克己教授は、「この制度は、高齢社会の到来に備えることを標榜して導入されたものであるが、その際に援用されたのは、判断能力が不十分な成年者の自己決定権尊重の理念である。そのような観点から、従来の行為無能力制度の画一性を緩和し、本人の残存能力活用を可能にする『各人の個別的な状況に即した柔軟かつ弾力的な保護措置』の構築が目指された。任意後見の位置づけの高さも、自己決定権尊重の理念から説明される。もっとも、後見人や保佐人の取消権など、本人の自己決定権を制約する性格の保護措置が定められていることにも注意を要する。改正を貫いているのは、単なる自己決定権尊重ではなく、自己決定と本人保護の調和なのである。先に概観した行為無能力制度の改正は、基本的には制度の適用範囲の縮小の方向で

展開された。その意味で、それは制度の『量』にかかわる改正にすぎなかった。改正を基礎づける理念についていえば、それらの改正は、自己決定権尊重の理念で基礎づけることも可能であったが、現実には、むしろ平等原則によって根拠づけられた。成年後見制度の導入は、これらと一線を画する。内容の点では、それは制度の『質』にかかわるものであったし、改革の根拠づけとしても、そこでは自己決定権が浮上しているからである。』⁽⁶¹⁾と示唆している。筆者も、成年後見制度は、各人が自主的に自分の生活を守るために活用されるべき制度であると考ええる。

本稿において、日本における後見等開始の審判をはじめ、成年後見制度の利用者数が諸外国と比べて極めて少ないのは、必要とする人が潜在的に多数存在するにもかかわらず、これを有効に活用できていないからであることを指摘してきた。本稿では続いて、制度の利用状況や利用実態における問題点を検討し、さらに、筆者が職務上経験した実例を紹介してきた。そこでは、本人を制度に繋げるべく奔走する支援者や後見人候補者の法的地位が不安定であることや、手続きが煩雑で大変であることから制度の利用に結びつけることの難しさを見てきた。また、任意後見契約においては委任者と受任者の信頼関係の醸成が制度の要であり、そのためには見守り（契約）は必須であることを見てきた。さらに、裁判例においては、後見人選任審判に不服申立てはできないという裁判実務や、任意後見契約優先の原則の裁判実務を注意深く検討してきた。

使い勝手がよく不正が起ころぬ制度に改善していくことはもとより、その大前提として後見人候補者や受任者は、成年後見人等として信頼に値する人物であることが最も大切なことである。本人保護と本人の自己決定の尊重の間でいかにバランスを最適化できるかが問われ続けている⁽⁶²⁾ことを忘れることなく支援するためには、そのような資質や技能のある者が、この制度に関わるべきと考えている。

以下では、最近の動向として、家事事件手続法

の制定や厚労省の市民後見人の育成及び活用にむけた取組みに言及した上で、実務に携わる筆者が考える改善点を2つ提案する。

第1節 最近の動向

1. 家事事件手続法の制定

平成23年5月19日、衆議院で家事事件手続法が可決され成立した（平成23年5月25日法律第52号，平成25年1月1日施行）。国民にとって利用しやすく現代社会に適合し、利便性の向上を図ることが目的である。法令で成年後見関係事件に関する適正な手続が保障されることは、判断能力が不十分な人の権利を守るための第一歩となると評価されている。

法22条（手続代理人の資格）は、法令により裁判上の行為をすることができる代理人のほか、弁護士でなければ手続代理人となることができない。ただし、家庭裁判所においては、その許可を得て、弁護士でない者を手続代理人とすることができる、と規定している。

「成年後見関係事件は、司法書士等が書類を作成して、申立てを「代行」する例も結構あるが、申立書に本人名義の自筆の署名、捺印があれば、使用者による申立ても受け付けている以上、代行申立てを拒む理由はない。そして、書類の不備等について、代行者に連絡をするものとする、代理人とほとんど変わらない扱いとなる。ただ、現行法下では、手続代理人ではない以上、本人の事情聴取や審問に代理人として立会いをすることができない。しかし、新法によればこれができることとなる」⁽⁶³⁾。

「法118条により、成年後見に関する審判事件のうち一定の事件について、成年被後見人となるべき者および成年被後見人も、意思能力ある限り手続行為能力を有することが定められた（保佐、補助の場合にも準用、法129条・法137条）。…（中略）…成年後見に関する一定の事件（具体的には、後見開始の審判事件や、その取消しの審判事件など）については、民法上、意思能力を有する限り、成年被後見人（成年被後見人となるべき者

を含む)もその申立てを行うことができるとされていることから、そのような事件については、意思能力を有する限り手続行為能力を有するものとすべく、法118条においてそのことが規定された。成年後見事件の関係では、後見類型における後見開始審判の本人申立ては、本人に意思能力があれば、これまでも実務的には認められていたところであるが、新法により、本人(成年被後見人)は後見開始審判の取消し等についても手続行為能力を有することが明確となった」⁶⁴⁾。

2. 厚労省の市民後見人の育成及び活用に向けた取組み

1つは、「介護サービスの基盤強化のための介護保険法等の一部を改正する法律」老人福祉法32条の2(後見等に係る体制の整備等)の平成24年4月1日施行である。

この規定により、市町村は、法32条による審判の請求の円滑な実施に資するよう、民法に規定する後見、保佐及び補助(以下「後見等」という。)の業務を適正に行うことができる人材の育成及び活用を図るために必要な措置を講ずよう努めなければならない。都道府県は、市町村と協力して後見等の業務を適正に行うことができる人材の育成及び措置の実施に関し助言その他の援助を行うよう努めなければならないとなった。

もう1つは、「市民後見推進事業」がスタートしたことである。

専門職後見人以外の市民を含めた後見人(以下「市民後見人」という。)を中心とした支援体制の構築のため、市町村において市民後見人を確保できる体制を整備・強化し、地域における市民後見人の活動を推進する事業を支援するものである。

第2節 改善提案

「厚労省の市民後見人の育成及び活用に向けた取組み」の施策により、成年後見制度利用が促進されると考えられる。それを踏まえた上で更なる改善提案を試みる。

1. 市区町村長申立てにおける後見人候補者の法的地位

身寄りがなく社会との繋がりを失いかけている人びとにとって、自ら積極的に成年後見制度を活用することは、非常に困難である。このような人びとが成年後見制度を利用するためには、第一にこの制度を知ること、そして正しく理解する必要があるが、制度を知らない人が極めて多いように思われる。そこで、その本人を取り巻く福祉関係者等がきめ細かく本人に接し、成年後見制度を利用するための支援をする必要がある。身寄りがなく、本人みずから申し立てられない人が成年後見制度を利用するためには、老人福祉法32条、知的障害者福祉法28条、精神保健及び精神障害者福祉に関する法律51条の11の2により申立権者となっている市区町村長に辿り着かなければならない。しかし、その道がおぼつかなく、第2章第1節申立件数や第2節支援の実例からも、例外的な事例に過ぎない現状が窺える。そして、市区町村長が申立ての必要性を認めたとしても、その後の手続にかなりの時間を要するのである。第2章第2節の事例②においても数か月を要している。

その原因として指摘しうるのは、根本的には手続を進める職員が足りないことである。潜在的なニーズは、今後益々増加することが考えられる。それに見合った職員を配置することは予算上制限があろうし、行政として他に処理すべき仕事が増えていることを考えると現実的ではない。また、職員が申立手続の書類を集め整理することに不慣れであり、それが手続遅延の原因となっているようである。このようなことを考えると、この申立手続に後見人候補者等(専門職者等)の社会的資源を広く活用すべきと考える。

そのためには、市区町村長から指名を受けた市区町村長申立てにおける後見人候補者等に、手続を代行する権限を与えてはどうであろうか。さらに言えば、指名を受けた後見人候補者が、本人および自治体双方から申立ての委任を受けられる等の法律の手立てが急務と考える。

2. 任意後見契約における任意後見監督人選任申立ての担保

先にも指摘したように、任意後見監督人選任件数は任意後見契約締結登記件数の5.6%に止まっていることが注目される。先に掲げた事例からも窺えるが、委任者の年齢は大半が80代以上であると思われる。4人に1人が認知症を発症する年代である。このことをもって一概にいえないが、任意後見監督人選任割合が適正数値に遠いのではないかと考えられる。

任意後見契約は大きく2つの型がある。

1つは移行型と呼ばれ、任意後見契約とその発効前の委任契約を同時に締結するものであり、第3章第1節事例④、⑤、⑥もそれである。もう1つは任意後見契約単独の契約である。さらにそれには即効型と将来型がある。筆者自身の任意後見契約においてもそうであるが、任意後見契約の多くを占めるのは移行型と呼ばれる併用型である。併用型を締結すると、委任契約が結ばれているから、わざわざ任意後見契約に移行させずとも後見事務を行うためには、こと足りるということである。ここに任意後見契約の最大の問題が潜んでいる。委任契約は委任者の死亡により終了すると規定されているが（民法653条1号）、委任者の判断能力の喪失は終了原因になってはいない。この点について、新井教授は「任意後見法施行後の民法解釈上の最大論点は、民法111条1項1号に関してである。この規定は本人の死亡によって、任意代理権が消滅するとのみ定めており、その反対解釈として本人の意思能力喪失では任意代理権は消滅しないという解釈が通説として定着してきた。ほとんどの民法教科書が依然としてそのような通説的理解を踏襲している。…（中略）…任意後見制度を創設しながら通説を維持するというのは、自家撞着以外の何物でもなく、さらには任意後見制度を創設した意義を減殺してしまうことになる。なぜなら通説に依拠する限り、任意後見を用いる必然性はほとんどなくなってしまうからである。任意後見法が施行された以上、本人の意思能力喪失後の任意代理権の消長への対応は任意後見の考

え方、すなわち本人の代理権の持続は、代理人の権限乱用に歯止めをかけ、本人を保護することのできる任意後見制度の枠組みの中でのみ可能である、との考え方が妥当であることを強く主張しておきたい」⁽⁶⁵⁾と述べている。任意後見契約は自己決定権に基づき判断能力が衰えた場合に備えて、判断能力があるときに判断能力の衰えた場合の財産管理や療養看護に関する事務の全部ないしは一部を委任し、その委任に関する事務について代理権を与える旨を契約できる制度⁽⁶⁶⁾である。判断能力の衰えた場合は、家庭裁判所が任意後見監督人を通じて受任者の業務を監督するから安心して利用することができる。すなわち、委任者が元気なうちは委任者が受任者の仕事ぶりを見ることができ、信頼関係を失った場合にはいつでも解約できるし、判断能力の衰えた場合は上記のとおり家庭裁判所が受任者の業務を監督するという仕組みになっていると説明されている。これが制度の長所であると言われてきた。しかし、前記の統計を見ると、移行型の任意後見契約は、法律の予定したとおりに運用されていないのではないかとこの疑問が生じるのである。すなわち、委任者の判断能力が衰えたとしても任意後見契約に移行せずに、その後、受任者は誰の監督も受けない状態となる。身寄りがなく、社会との繋がりを失いかけた人びとも、安心して老後を送ることができるという制度が、うまく機能していないのである。これは先にも指摘したとおり、委任契約を締結していれば、委任者の判断能力が衰え、たとえその能力が失われたとしても、委任契約は効力を維持し受任者は委任事務を遂行できることになっているからである。身寄りのない人が委任者である場合、任意後見契約に移行させるのは受任者しかいない。受任者にとっては手続も面倒であり、家庭裁判所の監督を受け、裁判所に対する報告等わずらわしいが増えるだけであり、これを避けたいと思うであろう。その結果、受任者は誰の監督も受けることなく、委任者の財産を管理することができるようになる。法定後見人は家庭裁判所の監督を受けているのにもかかわらず、その不祥事

が新聞紙上に報道されることも珍しいことではない。まして、移行型任意後見契約の受任者は誰の監督も受けなくて財産管理業務を遂行できるのであり、不祥事を誘発させるような状態に放置されているのである。この任意後見制度の制度設計の問題が、不正の蓋然性と利用件数低迷の原因になっていると考えている。この点は、任意後見契約書作成に携わる公証人も危惧している課題と思われる。これはまさに制度の趣旨に反し、安心して利用できると勧めることが躊躇されるということになりかねない。

民法111条1項1号の本人の意思能力喪失では任意代理権は消滅しないという通説的解釈をすぐさま変えることは難しいであろう。解釈問題はさておき、「意思能力喪失により任意代理権は消滅する」としたとしても他の制度等との関係で不都合がないのであれば、任意後見監督人申立ての実効性をもたせるよう、委任契約から任意後見契約への移行が確実に行われるよう法律を手直しする必要がある。

そこで、2つの提案がある。

1つの提案は、移行型契約を締結した受任者（親族後見人以外の第三者後見人に限定してもよい）に、任意後見契約公正証書の作成担当公証人⁽⁶⁷⁾に対し、毎年1回公正証書作成年月日に委任者の健康状態、精神状況を葉書等で通知させる制度を作ることである。内容は簡単なものでよく、予め印刷した項目を○で囲うものでよい。公証人が見守っていることを認識させるだけで効果は大きいと思われる。

もう1つの提案は、任意後見契約法の下では、委任者の判断能力が衰えてしまったり失われた場合には、家庭裁判所が受任者の業務を監督することになっているので、判断能力に疑問が生じた場合に、公証人は家庭裁判所の調査官に調査をさせることができる制度を作ることである⁽⁶⁸⁾。公証人は、作成時に関わるだけでなく、公証人が受任者の毎年の通知に疑問をもった場合には、調査官に調査を命じる権限を与えるのである。

筆者を含め専門職の受任者にとっては、公証人

から信頼されることが第一であるので、公正証書作成の公証人に通知する制度を作ることが、受任者の業務を適正に遂行させるのに効果があると考ええる。任意後見契約の適切な運用が担保されたとき、この制度は信頼され、成年後見制度の運用が開始した当初めざした、事前の手当てである任意後見制度がより普及すると考える。

おわりに

「明治民法は、抽象的な取引主体としての「人」を想定していた。典型的にはこの「人」は、家産・家業を持ち家族を支配する「戸主」であった。ところが大正デモクラシーの時代以降、（家産を持たない）労働者や小作人の存在が目目されるようになった。さらに第二次世界大戦後は借家人の保護、そして最近では消費者の保護が大きな問題になっている。特に民法の中に消費者をどのように位置付けるかは、現代的課題になっている」⁽⁶⁹⁾。「明治民法は条約改正と国民国家、昭和民法は占領と社会国家を背景要因として成立したが、平成民法は、取引・人権の双方での国際的な調和と新しい国家像を背景とすることになるだろう」⁽⁷⁰⁾。とりわけ、超少子高齢社会の現況下、民法の果たす役割が益々大きいものとなっていると思われる。「第二章の「人」の規定の半分以上を「行為能力」の規定が占めています。しかし、これらの規定は、実質的には第四編親族の中にある第五章後見と第六章保佐及び補助というふたつの章の規定の一部と考えるべきものです。高齢化社会に対応するために1999年に導入されたいわゆる成年後見制度に関する規定が、二つの編に分断して置かれているのです。わかりやすさという点からいえば、まとめたほうが望ましいと思います」⁽⁷¹⁾という考えのように、「将来の家族法改正との関係では、…（中略）…任意後見契約法も取り込んだ方がよい」⁽⁷²⁾との指摘もある。また、「日本においては、諸外国と比較しても、この領域における社会と法の支援体制整備がきわめて遅れていることは、しばしば指摘される通りである。今後のこ

の点にかかわる議論の深化と、支援措置の具体的なあり方に関する検討が望まれる。検討の対象は、民法学に限定されるものではないが、民法学もまた、そのような作業の一翼を担うことはできるであろう」⁽⁷³⁾とも指摘されている。「家裁から見た成年後見制度の現状と将来」での論考において、草野真人判事は、「成年後見事件が有する特殊性について考えてみると、第一に、成年後見制度は、本人の行為能力を剥奪するか制限を加える一方、後見人等に対して財産管理に関する広範な代理権や身上監護⁽⁷⁴⁾に関する権限を付与するものであるから、裁判所の責任は重く、重装備な制度である必要があること、第二に、後見事件は、本人が能力を回復するか死亡するまで終了しないものであるから、事件はいずれも長期間継続し、特に監督事件が累積していくことが必然的であることが指摘でき、人員増や作業を合理化で対応することは困難である。その意味で成年後見制度は危機にある。その危機に対応するために、制度設計として期待されるのは、社会全体で支える制度にすることである。裁判所が担うべき部分及び担うことができる部分を明確にし、その他の部分は社会全体で担ってもらふ必要があると考えられる。」と提言している。イギリスの2005年意思決定能力法（The Mental Capacity Act）の基本姿勢を紹介した菅富美枝准教授は、「同法のとる基本的な立場は、障害の有無や病状、年齢にかかわらず、すべての成年者には判断能力があることを前提とする意思決定能力存在の推定の原則であるとし、判断能力の不十分な人々の支援を巡って、支援を自発的に行いたいと望む人々が過剰な法的責任に委縮することなく、積極的に任意の利他的支援活動に従事できるための法的基礎を整備することによって、自発的な支援行為を側面支援している。ここに見えるのは、国家による支援者の管理ではなく、支援者を支援しようとする二重の支援構造である。」と要約している。

裁判所の責任の重さや監督事件の累積への対応の困難さなどの上記指摘およびイギリスの2005年意思決定能力法の要約を手がかりとするなら、後

見人選任審判につき即時抗告は許されないという日本の後見人選任手続は、見直す時が来ているのではないだろうか。家庭裁判所は、後見的役割を果たすべきことはもとより、ときとして、本人の福祉の向上のために後見人等を支援する姿勢も必要ではなかろうか。後見人選任審判に対し不服申立てを認めることは手続保障においても当然であろう。前述したが、家事事件手続法は、国民にとって利用しやすく現代社会に適合し、利便性の向上を図ることを目的として制定された。法令運用において、成年後見関係事件に関する適正な手続が保障されることは、判断能力が不十分な人の権利を守るための第一歩となる。しかし残念なことに、法123条の即時抗告をすることができる審判に後見人選任審判は規定されていない。

任意後見契約による委任者と受任者の繋がりは、「家庭裁判所の人員増や作業の合理化のみで、後見事件の長期間継続や累積に対応することは困難である。その意味で成年後見制度は危機にある。」ことへの対応策の一助ともなるであろう。信頼で繋がる委任者と受任者という関係のより一層の広まりは、「繋がる社会」を構築し地域の活性化に貢献するであろう。「コーディネート役」⁽⁷⁵⁾とも言える成年後見人等と本人の「選択縁・必要縁」⁽⁷⁶⁾での繋がりは、閉じた共同体ではなく、あらたな自由度の高いコミュニティをつくっていく。宮本太郎教授は「社会が個人を放置する自己責任論でもなく、個人がひたすら社会に依存するかたちでもない。それぞれの人ができることは何か、社会は何をどこまですべきか、個人と社会が真剣に向かい合い、詰めていく、いわば個人と社会の真剣勝負が求められていると思います。」「人のつながりは社会関係資本（ソーシャル・キャピタル）⁽⁷⁷⁾とも呼ばれて、多くの人が協力し合って問題解決していく際の力の源でもあります。ですからつながりの衰退は経済の面でも損失だと言えるのではないのでしょうか」⁽⁷⁸⁾と述べている。

身寄りのない委任者は、信頼できる「受任者」⁽⁷⁹⁾との繋がりを希望していることは、第3章第1節任意後見契約締結の実例からも明らかである。頼れ

る親族が近くにいない単身・二人世帯高齢者は、自分の人生をしっかり生き抜きたいと望んでいる。任意後見制度は、判断能力が低下した場合のために、事前の備えをしておく制度ではあるが、上記事例でも見てきたように、発効前（しっかりしている間）において、重要な役割を果たしていることを強調したい。本人にとって、判断能力が低下する前においても、信頼できる受任者の存在意義は大きい。大きな無形の効果、有用性がある。

この制度に職業上関わる者として肝に銘じている規定は、民法2条、民法858条、任意後見契約に関する法律6条である。民法858条には「成年後見人は、成年被後見人の生活療養看護及び財産の管理に関する事務を行うに当たっては、成年被後見人の意思を尊重し、かつ、その心身の状態及び生活の状況に配慮しなければならない。」とある。また、任意後見契約に関する法律6条には「任意後見人は、法2条1号に規定する委託に係る事務（以下「任意後見人の事務」という。）を行うに当たっては、本人の意思を尊重し、かつ、その心身の状況及び生活の状況に配慮しなければならない。」と規定されている。社会の価値観に対応すべく、禁治産者・準禁治産者制度を改め、従来の民法理論とは折り合わない批判されながらも、苦心のすえに新しい成年後見法制（任意後見法）が制定された。制定当初に抱いていたよりも任意後見法の活用によって自己決定を望む単身・二人世帯の高齢者は増加していることは、先の実例で見てきたように明らかである。

家族が担ってきた介護につき、社会状況の変化に対応して介護保険制度ができた。その「介護の社会化」は、市民に受け入れられ定着し推進され発展している。それと車の両輪であると言われた「成年後見の社会化」の定着・推進・発展は、超少子高齢社会を生きる人びとの尊厳に寄与する。そのためにも後見人候補者の法的地位や後見人等の資質は重要である。後見人等は、本人の心身や生活に配慮できる能力や本人と信頼関係を構築する能力を身につけていなければならない。成年後

見制度に関わる人としくみへの信頼は欠かせない。その意味でも、万一、配慮できる能力がなく信頼関係も構築できなかった場合には、適任者に変更できるしくみが必須であろう。第4章第2節で述べた2つの改善提案「市区町村長申立てにおける後見人候補者の法的地位」と「任意後見契約における任意後見監督人選任申立ての担保」のようなしくみが確立されることを願う。

第4章第1節最近の動向でも見てきたように、家事事件手続法の制定、厚労省の2大政策決定が成年後見法制の活用にもつて後押しをしている。裁判員を経験する前と後では、人生観が変わると言われている。それと同様のことが、市民の成年後見制度（特に任意後見制度）への関わりにも言えるのではないだろうか。ドイツをはじめとして任意後見契約の活用が世界の潮流となっている。わが国においても、市民⁽⁸⁰⁾の覚悟をもった関わりは、成年後見制度の定着と推進と発展に寄与すると確信する。「繋がる社会」にもつて民法・成年後見法制の後押しを望んでやまない。

⁽¹⁾ 出所：総務省統計局「人口推計」（平成23年11月1日現在確定値）。

⁽²⁾ 出所：国立社会保障・人口問題研究所「日本の世帯数の将来推計（全国推計）」（平成20年3月推計）。

⁽³⁾ 出所：総務省統計局「日本の世帯数の将来推計（全国推計）」（平成22年国勢調査抽出速報集計結果）。

⁽⁴⁾ 現代社会における家族機能の変化については、吉田克己『現代市民社会と民法学』（日本評論社、1999）219頁の次の指摘を参照。「現代社会における家族の機能は、消費機能にほぼ一元化されている。そのようななかで、家族の意味としては、経済的機能というよりも、愛情機能・情緒的機能が前面に立つようになったといわれる。家族はこのようにして、現代社会においては、ほぼ完全に生活世界に属する人間関係の場になったのである」。

- ⁽⁵⁾ NHK「無縁社会プロジェクト」取材班編『無縁社会－無縁死三万二千人の衝撃』（文芸春秋、2010）1頁。
- ⁽⁶⁾ 齋藤純一『公共性』（岩波書店、2011）17頁の次の指摘を参照。「公共性に現にどのような排除があるかを振り返るとき、おそらく最も重要でかつ最も困難な問題は、ある人びとを孤独な境遇に追いやっている、それとして意識されない「分断」（segregation）の問題だろう。困難だというのは、そうした境遇からはほとんどメッセージが届かないゆえに、私たちは、問題を見無視する以前に、問題があるということそれ自体をわすれることができるからである」。
- ⁽⁷⁾ 行政書士事務所に勤務し、行政書士として相続・遺言・成年後見相談業務を担当している。
- ⁽⁸⁾ 筆者の職業上の経験において、超少子高齢社会における孤立した家族や個人は、積極的な法の介入によって、ふたたび社会と繋がっていくという実態がある。吉田・前掲注(4)221頁の次の指摘を参照。「先に家族のような濃密な親密関係には法の介入を控えるべきだといったが、それは、あくまで、家族を基盤とする人間の人格的発展のためにはそのような方法が望ましいということであって、そこで人格的利益の侵害があるような場合には、むしろ積極的な法の介入が望まれる『法は家に入らず』という法諺は、それ自体が目的であるような絶対的なものではなく、人格的擁護という目的にとっての手段と位置付けられるべきものである」。
- ⁽⁹⁾ 前掲注(8)と同趣旨から、吉田・前掲注(4)221頁の次の指摘を参照。「未成熟子や高齢者に典型的に見られる被害者の主体的な行動能力の不十分性、被害者・加害者間における人格的関係の強さ、さらには家族内における広義の権力関係の存在が、そのような主体的な行動を極めて困難にしていることである。ここでは、家族構成員からの自発的な行動を待つだけでなく、社会と法の側からの積極的な支援が要請される」。
- ⁽¹⁰⁾ 成年後見制度における自己決定権の考え方は、任意後見制度と法定後見制度では異なること

を、吉田克己「自己決定権と公序－家族・成年後見・脳死」瀬川信久編『私法学の再構築』

（北海道大学図書刊行会、1999）267頁に次のように示唆している。「法定後見制度の議論においては、自己責任と結びつく自己決定権の考え方と法定後見制度を通じた本人保護のためのパターンリズムに基づく介入との緊張関係が問題の根本に存在した。法定後見制度における自己決定権は、パターンリズムに基づく介入を排除する論理として機能するのである。これに対して、任意後見制度の場合の問題は、判断能力低下前に表明された個人の意思をどのようにして尊重するかである」。

- ⁽¹¹⁾ 「座談会 家族法の改正に向けて」中田裕康編『家族法改正 婚姻・親子係を中心に』（有斐閣、2010）303頁の大村敦志の発言参照。「家族とそれ以外の団体や社会関係とを連続的に」捉えることが必要である。
- ⁽¹²⁾ 以下、成年後見人等というときは、原則として、成年後見人、保佐人、補助人、任意後見人（受任者）の全てを指すものとする。また同様に本人というときは、成年被後見人、被保佐人、被補助人、任意後見契約の本人（委任者）の全てを指す。
- ⁽¹³⁾ 内田貴『民法IV[補訂版]親族・相続』（東京大学出版会、2004）284頁。また、吉田・前掲注(4)176頁も参照。
- ⁽¹⁴⁾ 法務省民事局参事官室『成年後見制度の改正に関する要綱試案の解説』（社団法人金融財政事情研究会、1998）1頁。
- ⁽¹⁵⁾ 広範囲に及ぶ資格制限・欠格事由が付され、戸籍に記載されることなどから社会的偏見を招きかねなかった。
- ⁽¹⁶⁾ 成年被後見人または被保佐人と審判される際の判断基準となる能力は、選挙能力や公務員としての能力や国家資格に対しての能力を判断しているわけではない。早急に公職選挙法、国家公務員法、地方公務員法、各国家資格の法律から欠格条項を削除すべきである。赤沼康弘「成年後見制度の概要」新井誠＝赤沼康弘＝大貫

- 正男編『成年後見法制の展望』（日本評論社、2011）2頁参照。また、村田彰「特別法との関係」須永醇編『被保護成年者制度の研究』（勁草書房、1996）73頁～106頁も参照。
- ⁽¹⁷⁾ 小林昭彦『わかりやすい新成年後見制度（新版）』（有斐閣リブレ、2000年）50頁。
- ⁽¹⁸⁾ 大村敦志『文学から見た家族法—近代日本における女・夫婦・家族像の変遷—』（ミネルヴァ書房、2012）195頁に次のような記述がある。
「任意後見制度は、財産の観点からではあるが、自分にとって最もよい支援者を自らが指名する制度であった。こうした「任意」性が、今後、どのような役割をはたすことになるのか。また、事実上の夫婦、事実上の養子などの「事実」性についても、問い直しが必要とされよう」。
- ⁽¹⁹⁾ 小林・前掲注(17) 50頁。
- ⁽²⁰⁾ 高橋弘「任意後見制度」新井誠＝赤沼康弘＝大貫正男編『成年後見法制の展望』（日本評論社、2011）28頁。
- ⁽²¹⁾ 最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況」報告2000年4月から2010年12月各年度の数字を合算した。2008年の概況から対象が1月～12月に変更（以前は4月～3月）されたため2008年については一部重複がある。
- ⁽²²⁾ 新井誠「『あるべき成年後見の姿をめざして』成年後見法体系の構築—ドイツ成年後見者世話法とわが国の成年後見制度の比較から学ぶもの—」実践成年後見NO33（2010）4頁。
- ⁽²³⁾ 出所：前掲注(21)。
- ⁽²⁴⁾ 神野礼斉「ドイツにおける任意後見制度の運用」公証法學第41号（2011）2頁。
- ⁽²⁵⁾ 出所：前掲注(21)。
- ⁽²⁶⁾ 出所：厚生労働省大臣官房統計情報部「患者調査」（平成20年）。
- ⁽²⁷⁾ 新井誠「成年後見法の展望—あるべき姿を求めて」新井＝赤沼＝大貫編・前掲注(20)（日本評論社、2011）529頁。
- ⁽²⁸⁾ 1件の終局事件について主な申立ての動機が複数ある場合があるため、総数は、終局事件総数

29,982件とは一致しない。

- ⁽²⁹⁾ 上山泰「身上監護に関する決定権限—成年後見制度の転用問題を中心に—」成年後見法研究7号（2010）42頁の次の指摘を参照。「成年後見制度を、社会保障法的性格を併有した、判断能力不十分者のためのより包括的な権利擁護システム（自己決定支援システム）として位置づけ、その利用可能性を無資力者を含む全ての判断能力不十分者に保障するべきと考えている」。
- ⁽³⁰⁾ 佐上義和『成年後見事件の審理』（信山社、2000）258頁を参照。
- ⁽³¹⁾ 佐上・前掲注(30)15頁。
- ⁽³²⁾ 上山泰＝菅富美枝「成年後見制度のグランドデザイン」実践成年後見NO34（2010）71頁を参照。
- ⁽³³⁾ 上山泰＝菅富美枝「成年後見制度の理念的再検討—イギリス・ドイツとの比較を踏まえて—」筑波ロー・ジャーナル8号（2009）2頁を参照。
- ⁽³⁴⁾ 新井誠「任意後見について—後見制度の運用の現状と公証人の取るべき対応—」公証162号（2011）103頁の次の指摘を参照。「日本は申立て主義ですが、ドイツは職権主義です。ですから、ドイツの場合は、市区町村長から情報が裁判所に提供されると裁判所が判断するというシステムになっていまして、ドイツの場合、常時、市区町村長のほうから情報が行くというシステムになっています。日本でも、市区町村長からの申立てがもう少しあっていいのではないかと思います」。
- ⁽³⁵⁾ 山木戸克己「家事審判法（法律学全集）」（有斐閣、2004）51頁。
- ⁽³⁶⁾ 平田厚「成年後見人選任の不当を理由とする即時抗告の可否（消極）」民商（137巻3号（2007）124頁。
- ⁽³⁷⁾ 平田・前掲注(36) 125頁。
- ⁽³⁸⁾ 佐上義和『家事審判法』（信山社、2000）274頁。
- ⁽³⁹⁾ 佐上・前掲注(30)232頁。
- ⁽⁴⁰⁾ 佐上・前掲注(30)233頁。
- ⁽⁴¹⁾ 原司「後見開始の審判の申立てを認容する審

判と同時にされた成年後見人選任の審判に対する不服申立ての可否」成年後見法研究第7号（2010）165頁。

⁽⁴²⁾ 長谷川秀夫＝松前章代「日本成年後見法学会第9回学術大会傍聴記」実践成年後見NO42（2012）92頁に、柴田洋弥（東京都発達障害支援協会顧問）は、「本人の財産は、本人が生きている間に、その人生を豊かに過ごすために必要なものとして、しっかり使っていくという視点が大事だと述べた。」とある。実務を通じて筆者も同じように考える。

⁽⁴³⁾ 五十嵐清『法学入門（第3版）』（悠々社、2010）173頁の次の指摘を参照。「筆者自身のいづく価値観は何かと問われれば、いまのところ、「人格」とか「人間の尊厳」とかを最高価値と考えていると答えない。このような考え方は、実質的倫理学の流れをくむ法哲学者より採用されており、西欧では有力な見解となっているだけでなく、実定法上も、ドイツの基本法1条のように、基本権の冒頭に「人間の尊厳の不可侵性」を規定する例が見られるようになった。歴史の発展という側面から見ても、それは人格の最高価値をめざしてすすんでいるといえるだろう」。

⁽⁴⁴⁾ 筆者と同旨の指摘として、谷村慎介「後見実務と合理的配慮についての私見」実践成年後見NO41（2012）44頁に「最近では、申立て件数の増加に伴い、成年被後見人等となるべき障害者は手続においてモノ扱いにされているように思える。ノーマライゼーションの理念からすれば、当該障害者が権利主体としてこの世に確かにいることを明らかにするために、成年後見制度はあるべきものだ。何もできない・わからないとされる存在ではなく、後見人等によってスポットがあてられ、主人公となる存在のはずである。その人と一度も会わないまま（人間として関心がもたれないまま）、審理が進められ、まだ会ったこともない人を、職権で後見人等として決められてしまうのである」とある。

⁽⁴⁵⁾ 上山泰「任意後見契約の優越的地位の限界について」筑波ロー・ジャーナル11号（2012）124頁

の次の指摘を参照。「自己決定の尊重と後見事務の円滑な運営確保という理由から、本人の希望をできる限り尊重すべきであるとして、成年被後見人等の意見が、成年後見人選定の判断要素として明示されていることが注目される（民法843条4項、876条の2の2項、876条の7の2項）。立法担当者は、本人が指名する候補者の客観的な適性が疑わしい場合もあることから、家庭裁判所は本人の意見に拘束されないとして、家庭裁判所の原則的な裁量性を確認する一方で、本人が特定の候補者の選任の希望を明らかにできる場合には、できる限りその意向に沿った選任が望ましいと指摘している。したがって、法定後見において、本人に支援者の実質的な指名権を認める運用を原則とすることは、決して現行の制度の趣旨を逸脱するとはいえないだろう」。

⁽⁴⁶⁾ 筆者と同旨の見解として、芝田淳「障害者の地域生活を支える成年後見制度の活用」実践成年後見NO41（2012）150頁に次のような記述がある。「成年後見人候補者との間の信頼関係を十分に構築したうえで、補助や保佐を開始すべきであるから、相談や申立ての段階から、成年後見人候補者が本人と繰り返し接触し、本人との信頼関係を築き、また本人の特性を理解する必要がある。…（中略）…こうした信頼関係の構築と本人の意思確認を少しずつ積み上げていったうえで、やっと申立ての土台が固まるものと考える」。

⁽⁴⁷⁾ ドイツの世話事件を担当する裁判官の資質・能力についてのクリーの指摘を、佐上義和『成年後見事件の審理』（信山社、2000）219頁に次のように紹介している。「手続に関与する専門家のコーディネーターとしての裁判官と、本人のための治療者としての立場から世話の必要性を考える鑑定人、その措置をとることによって本人や家族等に生じるさまざまな問題を検討するケースワーカーによる協働という構想は、手続関与者のすべてに従来とは異なる役割を求めるといえるのである」。

⁽⁴⁸⁾ 任意後見契約の強行法規性について、太田健治＝岡村幸治＝兼行邦夫編（日本加除出版，2011）172頁に次のように記述されている。「任意後見制度は、本人（判断能力の低下したお年寄り）を取引社会の中で一人前の人格として扱うことを主たる目的としており、そのため公共性の強い法制度と位置づけられています」。

⁽⁴⁹⁾ 星野茂「任意後見と代理」椿寿夫＝伊藤進編『代理の研究』（日本評論社，2011）300頁。

⁽⁵⁰⁾ 任意後見制度は、委任者の判断能力低下前においても重要な役割を果たしていると、受任者（筆者）として実感する。委任者の判断能力低下前における任意後見制度のしくみが信頼されるためにも、判断能力低下時の任意後見監督人の選任請求は、確実になされなくてはならない。日本公証人連合会編『新版証書の作成と文例全訂家事関係編』（立花書房，2011）112頁に、任意後見監督人の選任請求を確実にする第2条第2項は、任意後見監督人選任前から効力を有するとある。

⁽⁵¹⁾ 筆者と同旨の見解として、遠藤富士子＝鈴木和子「後見業務における医療同意」実践成年後見NO39（2011）152頁に「家庭問題情報センターが任意後見契約を結ぶときは、任意後見開始前の受任の段階でも定期的な接触を主軸とする見守り契約を同時に結ぶことを原則としている」とある。

⁽⁵²⁾ 日本公証人連合会・前掲注(50) 191頁。「尊厳死は現代の延命治療がもたらした過剰な延命治療を差し控え、又は中止し、死期の引き延ばしをやめることであって許されるとされる。すなわち、治療義務のない過剰な（無意味な）延命治療の差し替え、中止は尊厳死として許容され、同意殺人罪などの犯罪に該当せず、また、民事上の賠償責任も生じないこととなる」。

⁽⁵³⁾ 日本公証人連合会・前掲注(50) 109頁。

⁽⁵⁴⁾ 新井誠「成年後見制度の現状と課題—成年後見の社会化に向けて」新井誠＝赤沼康弘＝大貫正男編『成年後見制度－法の理論と実務－』（有斐閣，2007）18頁に、成年後見制度のよき運営

のためには公正証書作成時に適切な注意、教示、勧告がなされ、濫用事案であるときには囑託を拒絶することができることと解したいとある。

⁽⁵⁵⁾ 星野茂『任意後見と代理』「代理の研究」（日本評論社，2011）302頁～303頁に「本人の利益のために特に必要がある場合とは、当事者間で締結した任意後見契約をそのまま履行させると本人の保護に欠ける結果となる場合を意味すると解してよいものと考える」とある。上山・前掲注(45)107頁に「法10条1号の解釈に当たっては、法4条1項3号の対象である任意後見受任者の不適格性を含める必要があり、本決定はこのことを明示したものといえる」とある。山田真紀「判タ主要民事判例解説」1125号115頁。

⁽⁵⁶⁾ 須永醇『民法論集』（酒井書店，2010）271頁に「任意後見契約締結の必要を感じるのは、多くの場合、能力の減退がある程度進行し、それに気付いてからではではないであろうか。…（中略）…能力の減退後に任意後見契約の締結を認めることの必要性は否定できないであろう。…（中略）…①代理人がその権限の範囲内において本人の事務に関し完全な権能を持つこと、②代理人がその権限の範囲内において本人がなし得る行為を何事でもなしうること、③任意後見監督人の選任を待って任意後見人の代理権が発生すること、④任意後見監督人選任後においては、任意後見契約の解除に家裁の許可を要すること、以上の四つの要件を理解できる能力があれば足りる、と解するのが無難な解釈となるのではないか、と思われる。」とある。筆者が現場で見る公証人の判断も、上記指摘の四つの要件を確認する方法でしているようである。

⁽⁵⁷⁾ 菅富美枝『イギリス成年後見制度にみる自律支援の法理 バストインタレストを追及する社会へ』（ミネルヴァ書房，2010）82頁～90頁。

⁽⁵⁸⁾ 日本公証人連合会・前掲注(50)107頁に「契約締結について、受任者の意向があまりにも強く、委任者が不当な影響を受けているような場合には、委任者の意思確認ができないとして証書作

成を拒否することもありうる。契約意思の確認は慎重に行うべきであり、場合によっては、受任者に席をはずしてもらい、委任者単独で意向を聴取することも必要であろう」と、本人の意思確認の対応策を提案している。

⁽⁵⁹⁾ 上山・前掲注(45)118頁～132頁

⁽⁶⁰⁾ 菅・前掲注(57)90頁。

⁽⁶¹⁾ 吉田克己『市場・人格と民法学』（北海道大学出版会、2012）37頁。

⁽⁶²⁾ 白石弘巳「能力報告」実践成年後見NO36（2011）75頁の次の指摘を参照。「能力は、成年後見制度の必要性を担保する基本的な概念である。成年後見制度においては、本人保護と本人の自己決定の尊重の間でいかにバランスを最適化できるかが問われ続けている。能力喪失の根拠が診断名であった時代を経て、1980年代以降、欧米を中心として、より本人の生活状況を反映する判定方法が主流となってきた。その背景には、本人の残存能力をできるだけ活かしつつ、必要に応じて保護を図るべきであるという考え方がある」。

⁽⁶³⁾ 坂野征四郎「成年後見関係事件にかかる審判実務と家事事件手続法」実践成年後見NO39（2011）14頁。

⁽⁶⁴⁾ 高江俊名「専門職後見人からみた家事事件手続法」実践成年後見NO39（2011）21頁。

⁽⁶⁵⁾ 新井誠『信託法〔第3版〕』（有斐閣、2008）85～87頁。

⁽⁶⁶⁾ 太田＝岡村＝兼行・前掲注(48) 9 頁。

⁽⁶⁷⁾ 太田＝岡村＝兼行・前掲注(48) 72頁に「任意後見制度を適正に運用させ、委任者の自己決定権を具現化し、ノーマライゼーションの理念に基づき委任者が家庭及び地域で通常の生活を送れるようにするため、公証人は契約形成課程で中心的な役割を果たしています」とある。さらに進めて、契約締結後においても、公証人が、委任者・受任者を見守る役割を担うことで、任意後見制度は、家庭や地域から信頼される制度となるのではないだろうか。

⁽⁶⁸⁾ 別の視点からであるが、契約書作成時におけ

る公証人の権限にふれた次の論考もある。須永醇「『成年後見制度の改正に関する要綱試案』任意後見と法定後見および公的機関の監督を伴わない任意代理との関係」判例タイムズ972号（1998）45頁。「任意後見契約締結の衝にあたる公証人に対して当該の者が法定後見の開始決定を受けているか否かを調査するルートが確保されていない。成年後見開始決定の有無に関する証明書を「登録センター」に請求できるのは本人、成年後見人又は成年後見監督人に限定されており、ということは公証人は本人に対して法定後見開始決定の有無を確かめねばならず、また、それで十分だ、ということなのかもしれない。しかし、公証人にも証明書の請求権を認めておく方が両制度の重複を確実に避けることを可能にするのではないだろうか」。

⁽⁶⁹⁾ 大村敦志『民法改正を考える』（岩波新書、2011）61頁。

⁽⁷⁰⁾ 大村・前掲注(69) 62頁。

⁽⁷¹⁾ 内田貴『民法改正』（ちくま新書、2011）228頁。

⁽⁷²⁾ 大村・前掲注(69) 148頁。

⁽⁷³⁾ 吉田・前掲注(4) 221頁。

⁽⁷⁴⁾ 上山泰『専門職後見人と身上監護』（民事法研究会、2008）56頁の次の指摘を参照。「特に成年後見実務の中では、法律上の身上監護概念が曖昧な一方で社会からは時に加重と思える期待を浴びせられ、成年後見人が利用者のためにどこまでできるのか？（法的な権限の問題）あるいは逆に、どこまでしなければならないのか？（法的な義務の問題）という疑問に、絶えず直面されているようです。しかし、成年後見人による権利擁護の裏面には常に利用者に対する権利侵害（過度の干渉）のリスクがつきまとうことを思えば、専門職後見人による後見事務はしっかりとした法的根拠に基づいて行われることが絶対条件だといえます」。

⁽⁷⁵⁾ 宮本太郎『弱者99%社会—日本復興のための生活保障』（GS幻冬舎新書242、2011）81頁の次の指摘を参照。「以前は、家族など身近な人が

相談役を果たしていたのですが、家族の高齢化や低所得化で身内の助けを得られない人が増えているので、社会的サービスの必要性は増えているのです。…サービスが必要だと判断した人についてコーディネート役を紹介します。…（中略）…コーディネート役が寄り添って一元化することで、効率的なサポートができるのです」。上山泰『専門職後見人と身上保護』（民事法研究会，2008）118頁の次の指摘も参照。「意思表示に対して少しでも利用者本人が参画できるように、成年後見人は心を砕く必要があります。いわば相手方と利用者本人との「コミュニケーションの架け橋」となることも、成年後見人にとって重要な役割の1つである」。

⁽⁷⁶⁾ 宮本・前掲注(75)103頁。

⁽⁷⁷⁾ 宮本太郎『生活保障—排除しない社会へ—』（岩波新書第5刷，2010）23頁。

⁽⁷⁸⁾ 宮本・前掲注(75)92頁。

⁽⁷⁹⁾ 日本公証人連合会・前掲注(50) 109頁に「任意後見契約の締結に当たり適任の受任者を得ることが最も大切であるから、公証人としても受任者の適格性については、委任者や受任者に聴取するなどして十分に検討を加えるべきである」と指摘がある。

⁽⁸⁰⁾ 太田＝岡村＝兼行編・前掲注(48)211頁の次の指摘を参照。「社会構造等という社会全体の大きな枠組みの問題を持ちだすまでもなく、高齢者を巡る様々な課題については、国民一人ひとりが、身近な問題として真剣に向き合わなくてはならない時代となっています」。

（みなかた みちこ 北海道大学大学院法学研究科修士課程修了）