

成年後見制度における「身上監護」の検討

能 手 歌 織

(民事法専攻・法政専修コース)

はじめに

第1章 成年後見制度運用の現状

第2章 成年後見制度における「身上監護」

第1節 成年後見人等の権限と責務

第2節 法改正過程と立法者見解

第3節 学説の展開

第3章 成年後見実務にみる「身上監護」の問題

第1節 具体的事例の分析

第2節 身上監護概念の拡大

第4章 「身上監護」の検討と今後の課題

はじめに

平成12年4月に新たな成年後見制度が施行され、3年が経とうとしている。成年後見制度とは、精神上的の障害により事理弁識能力（以下判断能力と称す）が不十分である成年者について、その判断能力を補い、権利や利益を擁護しようとする制度である。従来、我が国における成年後見の制度としては禁治産・準禁治産制度（以下旧制度と称す）が民法に規定されていたのであるが、硬直的で適用条件が重い等、問題点も多く、利用されにくい状況にあった。そこでノーマライゼーション¹⁾や自己決定権の尊重、残存能力の活用といった新しい理念を従来からの保護の理念に取り入れ、より弾力的かつ柔軟な、利用しやすい制度を目指した法改正が行われたのである。

成年後見制度は、後見・保佐・補助の三類型からなる民法に規定された

「法定後見」と任意後見契約を用いて自らその内容を決定する「任意後見」の二つの制度によって構成されている。それぞれ法定後見においては成年後見人・保佐人・補助人、任意後見においては任意後見人とよばれる後見人が被後見人等(以下本人と称す)のために選任され、各々の職務を遂行することになる。そのため、本人の権利や利益の保護を図るという成年後見制度の目的は、これら成年後見人等が制度の趣旨に従い誠実に職務を遂行することによってはじめて達成されるのであるが、その職務の内容、とくに財産管理と対比して用いられる「身上監護」事項については不明確な点が多い。

民法858条は「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」を成年後見人の職務としてあげており、いわゆる「身上監護」とは、この生活、療養看護に関する事務を指すと解されている。しかしその内容については、一般的かつ抽象的なかたちで身上配慮義務を規定しているこの条文から直ちに導けるものではなく、この点、拡大して解釈される傾向もみられる。職務内容が明らかでなければ、適正な後見活動を期待することはできない。また、そもそも成年後見人等に就任すること自体へのためらいも生じるであろうから、制度の要ともいえる成年後見人等を確保できなくなるおそれもある。

そこで本稿では成年後見制度の利用の現状を把握したうえで、「身上監護」に焦点をあて、その法的性質・内容等を明らかにしていきたいと思う。

なお本稿においては便宜上、後見・保佐・補助を総称して「法定後見」、法定後見および任意後見を総称して「成年後見」、成年後見人・保佐人・補助人を総称して「法定後見人」、法定後見人および任意後見人を総称して「成年後見人等」とよぶこととする。

第1章 成年後見制度運用の現状

成年後見人等の職務に関する検討をおこなうにあたって、成年後見制度

がどのような人によって、どのように利用されているのかを把握していく。最高裁判所事務総局家庭局により発表された「成年後見関係事件の概況」（以下「概況」と称す²⁾）をもとに制度の利用状況を分析する。なお以下の表は「概況」の数値をもとに筆者が作成したものである。

1 申立件数

表1 成年後見関係事件（後見開始・保佐開始・補助開始及び任意後見監督人選任事件）
申立件数

平成11年度（平成11年4月～平成12年3月）	3,364件【禁治産・準禁治産制度】
平成12年度（平成12年4月～平成13年3月）	9,007件
平成13年度（平成13年4月～平成14年3月）	11,088件

表2 後見開始の審判の申立て

平成11年度	2,963件 / 3,364件
平成12年度	7,451件 / 9,007件
平成13年度	9,297件 / 11,088件

成年後見関係事件件数は新制度への移行に伴い著しく増加し、制度導入2年目においても依然として高水準の割合で増加していることがわかる（表1）。「概況」は高齢社会という社会的要請の高まりを背景として、新制度の理念・手続がより使いやすくなったこと、また公示方法が戸籍記載・官報広告から成年後見登記へと変更³⁾され、本人のプライバシーにも配慮がなされたことなどを理由に挙げ、この数値は、制度が社会に受け入れられた結果を示したものだとしている。

確かに新制度開始後2年間の成果は着実にあがっているといえよう。しかし国際的には成年後見制度の利用率は各国総人口の約1%に相当すると言われて⁴⁾おり、その点を考慮するとこの数値はかなり低めということになる。

また成年後見関係事件申立ての内訳を見ると後見類型が圧倒的に多い

(表2)。他類型と比較して本人意思の尊重がより難しく、包括的な権限を有するために後見事務の範囲も広い後見類型の成年後見人が、成年後見人等の多数を占めている状況にあることがわかる。

2 申立人と本人の関係

表3

	子	配偶者	兄弟姉妹	他の親族	親	本人	市町村長
平成12年度	39.9%	18.9%	17.1%	10.6%	9.7%	2.9%	0.5%
平成13年度	38.7%	15.7%	19.2%	12.0%	9.2%	3.4%	1.1%

新制度では、本人に配偶者または四親等内の親族がない場合や、それらの親族があってもその申立てを期待することができない場合には、「本人の福祉のために特に必要がある」ものとして市町村長が申立てを行うことができる(老人福祉法32条・知的障害者福祉法27条の3・精神保健及び精神障害者福祉に関する法律51条11の2)。

市町村長の申立て件数は増加しているとはいえ、平成12年度で23件、平成13年度で115件と、積極的発動がなされているとまではいえない(表3)。その大きな原因は市町村の取り組みの鈍さにあるようである。日本社会福祉士会が行った、市町村の成年後見制度の取り組み状況に関する全国的調査⁵⁾をみると、制度自体の認識が薄く申立ての際の申立基準ができていない市町村も少なくない。また、成年後見制度の普及啓発並びに経済的に困難な者の制度利用に伴う経費を補助する「成年後見制度利用支援事業」が国庫補助事業(厚生労働省)として既に平成13年度から始まっているのであるが、この事業を知っていると回答した市区町村は約34%にすぎない。市区町村で予算措置がなされなければ動き出せない成年後見制度利用支援事業にとって、この数値の低さは深刻な問題である。また積極的に予算化等を行って、成年後見制度に取り組んでいる市区町村も存在するが、親族がいる方についてはその活用を自重する傾向がみられる⁶⁾ようである。

3 申立ての動機

表 4

	財産管理 処分	身上監護	遺産分割 協議	訴訟手続 等	介護保険 契約	その他
H12年度	63.2%	16.7%	11.3%	4.7%	2.2%	1.9%
H13年度	62.5%	15.9%	11.5%	5.2%	2.0%	2.9%

申立ての動機については、財産管理処分を主な動機とするものが際立って多い。「概況」は旧制度（平成7年度）における身上監護目的の申立て割合（7%）と比較し、身上監護目的の申立ての割合が増加したことを注目・評価している。

なお、介護サービスを利用するにあたって、従来の「措置」から「契約」へと方式を変更した介護保険制度の施行に伴い、この介護保険契約を目的とした成年後見制度の利用が相当数に上ると考えられていた。しかし、介護保険契約を申立ての主な動機とするものは両年度ともわずかに2%に留まっている（表4）。この要因のひとつには、社会福祉施設の利用契約などに、「第三者のためにする契約（民法537条）」形式を利用した契約書⁷⁾を用いることが少なくないことが考えられる。民法537条によれば、受益者（利用者）が債務者（事業者等）に対し受益の意思表示をすることによって、受益者が利益（サービス）を請求することになる。ところがこの契約書では、たとえ本人の判断能力が不十分であっても、契約者が家族や親族であるならば、本人に説明さえすれば有効に成立するとしているため、成年後見制度を利用せずとも契約を締結することが可能となってしまうのである。こうした成年後見制度の利用を避けるような工夫⁸⁾については、費用や手間もかからず、現場の要求を優先したものだといえるが、本人の自己決定権を尊重するという側面からは問題が残る。

4 本人の生活状況

本人の生活状況については、制度利用者の4割が入院者であり（表5）、

表5

	病院に入院	家族と同居	老人ホーム	一人暮らし
平成12年度	44.4%	27.1%	17.4%	6.4%
平成13年度	41.3%	25.3%	20.4%	6.4%

高齢者の場合には持病や何らかの障害を持つことが多くなることを考慮すると、診療契約の締結をはじめ医療に関する事務が成年後見人等の重要な職務となっていることが推測される。

5 成年後見人等と本人の関係

表6

平成12年度

親族 90.9%			親族以外 9.1%	
子 34.5%	配偶者 18.6%	兄弟姉妹 16.1%	弁護士 4.6%	法人 0.4%
その他親族 12.1%	親 9.6%		司法書士等 3.6%	など

平成13年度

親族 85.9%			親族以外 14.1%	
子 32.6%	兄弟姉妹 17.6%	配偶者 14.2%	弁護士 7.7%	法人 0.6%
その他親族 13.0%	親 8.5%		司法書士等 5.0%	など

親族以外の第三者が選任される割合が高まったとはいえ、圧倒的に親族が成年後見人等に選任されている(表6)。親族後見人の場合、身近な存在で本人との信頼関係を築きやすいために選任されるといった理由は考えられる。ただ、それだけではなく、第三者の後見人が参入しづらい側面として、ひとつは先に述べたような職務範囲の不明確さの問題があげられる。後見事務は本人の生活と密接に関係するものであることから、その生活に合わせて内容が多岐にわたりやすく、第三者としてはそこに伴う責任問題等が明確にならなければ、積極的に参入することは難しくなると解される

からである。また、いまだに「家」の觀念や身内の財産について第三者に介入されたくないという意識が、親族・家族に残っていることも、もうひとつの理由としてあげられるだろう。こうした意識は払拭されなければならないが、意識改革のひとつの手段にもなるのが、「後見の社会化」である。第三者による後見を増やすうえで、まず制度上の問題である後見職務の明確化に取り組む必要があるだろう。

第2章 成年後見制度における「身上監護」

第1節 成年後見人等の権限と責務

成年後見人等はそれぞれの有する権限のもとで、本人の生活、療養看護及び財産管理に関する事務（民法858条）を行うことになる。以下、具体的に成年後見人等の権限と責務について条文上どのように規定されているのか、整理していくことにする。

まず、法定後見人に関して、[] 精神上の障害（痴ほう・知的障害・精神障害等）により判断能力を欠く常況にある者に付される成年後見人には、本人が行った法律行為に関する取消権（民法9条・120条1項）・追認権（民法122条）と本人についての包括的代理権と財産管理権（民法859条1項）が付与される。また [] 精神上の障害により判断能力が著しく不十分な者に付される保佐人には、民法12条1項に定める行為に関する同意権・取消権（民法12条1項・120条1項）・追認権（民法122条）が法律上当然に付与される。そして本人自身の請求または本人の同意がある場合には、民法12条1項所定の行為以外の行為に関する同意権・取消権（民法12条2項・120条1項）、特定の法律行為に関する代理権及びこれに付随する財産管理権（民法876の4条1項）が審判により付与されることになる。そして [] 軽度の精神上の障害により判断能力が不十分な者に付される補助人については、本人自身の請求または本人の同意がある場合に、民法12条1項に定める行為の一部の法律行為に関する同意

権・取消権(民法16条1項・16条4項・120条1項), 特定の法律行為に関する代理権及びこれに付随する財産管理権(民法876の9条1項)の双方ないしは一方について権限を有することになる。

なお, これらの法定後見人の権限については以下のような制約が加えられる。「日用品の購入その他日常生活に関する行為」について取消権を行使することはできない(民法9条但書・12条1項但書・16条1項但書)。

婚姻や遺言等のいわゆる身分行為について代理や同意権を行使することはできない(民法738条・962条等)。また 利益相反行為については代理できない(民法860条, 成年後見監督人が特別代理人が本人を代理することになる。民法851条4号・860条・826条)。そして 本人の行為を目的とする債務を生ずる法律行為については, 本人の同意が必要となり(民法859条2項・824条), 本人の居住用不動産について売却, 賃貸, 賃貸借の解除又は抵当権の設定, その他これに準ずる処分をするには家庭裁判所の許可が必要となる(民法859の5条)。

また法定後見人の義務には, 就任後一ヶ月以内に財産の調査をして目録を調整すること(民法853条), 成年後見人が本人に対し債権・債務を有する場合, 成年後見監督人に申し出ること(民法853条), 就職の初めに, 本人の生活, 教育又は療養看護及び財産管理のために毎年費やすべき金額を予定すること(民法861条), 善良なる管理者の注意義務をもって後見事務を処理すること(民法869条・644条), 成年後見監督人又は家庭裁判所の求めに応じて後見事務の報告もしくは財産目録を提出すること(民法863条)が挙げられる。そして後見が終了した後, 二ヶ月以内に管理の計算を行うこと(民法870条本文), 相続人等が事務を処理することができるようになるまで必要な処理を行うこと(民法874条・654条)が求められている。

任意後見における任意後見人については, 任意後見契約締結時に本人が定めた法律行為に関する代理権と, これに付随する財産管理権を有することになる(任意後見契約に関する法律(以下任意後見契約法と称す)2

条）。

そしてこのような成年後見人等の事務を遂行する際に、本人の意思を尊重し、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する、本人意思尊重義務および身上配慮義務がそれぞれの成年後見人等に定められているのである（民法858条・876の5条第1項・876の10条第1項・任意後見契約法6条）。

このように整理してみると財産管理に関する諸規定の詳細さに比して、「身上監護」に関する直接の規定は、身上配慮義務について定めた民法858条と、その後見職務にかかる費用を本人の財産から支払うことを定めた民法861条のみということになる。そのうえ民法858条については抽象的な規定振りとなっており、この内容は条文上明確になっていない。

第2節 法改正過程と立法者見解

1 民法旧858条・「成年後見制度の改正に関する要綱試案」

(1) 民法旧858条 民法旧858条は1項で「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、2項において禁治産者を精神病院等に入院させる場合には家庭裁判所の許可を必要とする旨規定していた。

旧制度の利用自体が少なく、本条は精神障害を有する禁治産者の精神病院への入院加療に対する対処を中心に理解されたことから⁹⁾、本条について民法上の議論が活発になされたとはいえない状況であったが、この民法旧858条1項を禁治産後見人の身上監護義務の内容（療養看護義務）と理解するのが一般的見解だったようである¹⁰⁾。

「療養看護」については、「療養」とは医療を受けさせることであり、また「看護」とは自己の身体・財産に危害を及ぼし又は他人の身体・財産を侵害する行為を防止することであって、療養看護義務とは、精神保健法（現：精神保健及び精神障害者福祉に関する法律）22条1項の「保護者は精神障害者に治療を受けさせるとともに、精神障害者が自身を傷つけ又は

他人に害を及ぼさないよう監督し、かつ精神障害者の財産上の利益を保護しなければならない」とする公法上の義務内容を参考に、これと同一のものとしての理解¹¹⁾がなされていたと考えられる。

(2)「成年後見制度の改正に関する要綱試案」 高齢社会への対応と障害者福祉充実のために、現代的な視点から成年後見制度を改正すべきとの声が高まる中、平成7年に「成年後見問題研究会」が法制審議会民法部会の財産法小委員会によって設置され、その研究の成果が「成年後見問題研究会報告書」として民法部会に報告された。そしてこの報告を受けて民法部会が「成年後見小委員会」を設置し、その審議の結果を「成年後見制度の改正に関する要綱試案(以下要綱試案と称す)」としてとりまとめ、発表した¹²⁾。

要綱試案は身上監護に関して「身上監護及び本人の意思の尊重(新設の民法第858条関係)」と題し、「成年後見人はその権限を行使するに当たって、本人の福祉を旨として、本人の意思を尊重し、かつ、自己の権限の範囲に応じて本人の身上に配慮しなければならない」としたうえで、「後見人の療養看護義務等に関する民法第858条の規定は、後見類型に特有の規定として、現行どおり維持する」とした¹³⁾。なお新設の858条については「財産管理と身上監護(医療、住所の確保、施設の入退所、介護・生活維持、教育・リハビリ等に関する職務)の密接不可分な関連性を考慮して、……成年後見人の権限(代理権・財産管理権等)の行使に当たって、本人の身上に配慮すべき旨の身上監護に関する一般的规定を創設するもの」であるとの説明が柱書きでなされており、民法旧858条を存置した理由としては「療養看護」の内容には新設の一般規定の対象(医療の契約の締結等)には包摂しきれない内容(具体的な看護等)が含まれ得るものと解される¹⁴⁾ためであるとしている。

そうすると、この要綱試案における成年後見人等の「身上監護」事項とは、本人の身上面に直接・間接に関連する事項を含む法律行為を指すのであって、後見類型についてのみ解釈によっては具体的な看護といった事実

行為が含まれ得るということになるのであろう。なお、この身上配慮義務の法的性質については、要綱試案と共に公表された補足説明において「成年後見人が本人の身上面について負うべき善管注意義務の内容を明確にし、かつ、敷衍したもの」と解説されている¹⁵⁾。

要綱試案においては、本人の意思・身上配慮に関する一般規定を創設し、同時に民法旧858条を存置するという方針がとられていたのである。

2 「民法の一部を改正する法律案等要綱」と民法858条

(1) 「民法の一部を改正する法律案等要綱」 要綱試案は補足説明と共に広く関係各界に公表され、意見照会がなされた。その結果、要綱試案の身上監護において民法旧858条を存置させるとした方針については、療養看護という事実行為を義務付けしたかのように解釈される表現は問題であり、多大なプレッシャーとなって成年後見人が確保できなくなるおそれがあるとして¹⁶⁾、同条または同条第1項の削除を求める多数の反対意見が寄せられた。

そこで成年後見小委員会は、この結果を参酌したうえで最終的な審議を行い、民法旧858条に代えて、「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」という身上配慮義務及び本人意思尊重義務に関する一般的な規定を創設したのである¹⁷⁾。そして正式に「民法の一部を改正する法律案等要綱（以下要綱と称す）」にとりまとめられ、この要綱に基づいて法務省民事局が法律案を作成し、平成11年12月に法律が成立、翌12年4月1日より施行される運びとなった。

(2) 民法858条についての立法者見解 このような過程を経て法改正がなされ、民法858条は要綱を踏襲するかたちで「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」という規定振りになっている。これまでの経過を踏まえ、あらためて身上監護に関する立法者見解を整理したい¹⁸⁾。

まず身上配慮義務の法的性質については、療養看護・生活一般及び財産管理を含んだ後見事務全般の遂行に当たって「成年後見人が成年被後見人の身上面について負うべき善管注意義務(民法869条において準用する644条)の内容を敷衍し、かつ、明確にしたもの」と立法者は解しており、成年後見人が独立の身上監護義務を負うものではない¹⁹⁾としている。

そうすると身上配慮義務の及ぶ範囲は後見事務の遂行、つまり前節で述べたような法律行為を行うにあたっての注意義務として純化され、「法律行為に付随する事実行為については別論と」しても、「事実行為は含まれない」ことになる²⁰⁾。

ゆえに「身上監護」事項とは、「本人の身体に対する強制を伴わず、かつ、法律行為に関する事項である限り、一身専属的な事項を除いたもの」であって、具体的には「 介護・生活維持に関する事項、 住居の確保に関する事項、 施設の入退所・処遇の監視・異議申立て等に関する事項、 医療に関する事項、 教育・リハビリに関する事項等」の法律行為と、その法律行為に付随する事実行為(本人の身上面に関する利益の主張を補助し、または本人の身上面に関する利益を代弁する、いわゆるアドヴォカシーも、この合理的範囲内において含まれることになる)と解されているのである²¹⁾。

民法858条が、療養看護のみならず「生活」一般に関する事項が後見事務の対象になることを明確にしたこと、また本人の身上への配慮と意思の尊重が事務処理の際の指導理念となることを明示し、身上面の保護に関する成年後見人等の職務機能の実効性を高めようとする点²²⁾において、新制度は身上監護の重視を図ったものとしている。

第3節 学説の展開

では学説において、この身上監護をめぐる議論はどのように展開したの

だろうか。前節でも述べたように、身上監護に関して直接に触れた規定としては民法旧858条があったのであるが、具体的内容に関する深化は近時までほとんど行われなかった²³⁾。しかし、それは身上監護に関する関心が薄かったというわけではなく、旧制度が機能不全となり成年後見制度の法改正が現実味を帯びていくなかで、むしろ立法に向けたかたちでの身上監護議論がなされていたのである。特に政府によって「成年後見問題研究会」が設置される頃には、学説においても条文構成をとった詳細な「私案」が登場していた²⁴⁾。

こうした学説における身上監護の捉え方は二つの立場に大別でき、それが民法858条の解釈論にも大きく影響を与えていると解される。そこで身上監護をめぐる議論については、財産行為概念からアプローチする見解と身上監護こそ成年後見制度の眼目であるとする見解の両者それぞれについて検討していく。

1 財産行為概念からのアプローチ

財産行為概念からアプローチする見解は、成年後見制度が成年後見人等の代理権・同意権により本人の判断能力を補う制度であるという認識に基づいたうえで、身上監護については財産行為に還元できるのであって、ことさらに身上監護義務を觀念し安易に主張することは妥当ではないとするものである。道垣内弘人教授、水野紀子教授、床谷文雄教授が代表的論者といえよう。

(1) 「身上監護」概念について 道垣内教授はまず身上監護の概念について明確にする必要があるとして、米倉教授が「健康、生命の保持、その他一身上の世話に関する決定権限」が身上監護であると定義²⁵⁾したものを更に二つに分けていく。一つは医的侵襲に対する同意・決定権限であって、成年後見制度の枠内で処理できる問題ではなく、もう一つの決定権限は、介護が必要な場合にはその者の福祉に合致するような契約をなすといった、財産管理・財産行為に還元できるものと解されるとする²⁶⁾。その

ため身上監護義務というのは、成年後見人等が本人の財産管理をなすに当たっての善管注意義務の内容に包摂されるものと解していた。なお新法についての解釈は、立法者見解と同様の立場にたっている²⁷⁾。

水野教授も道垣内説・立法者見解とほぼ同様の立場から、身上監護という言葉は内容が極めて曖昧であるとし、成年後見制度は「判断能力の衰弱を補充する意思決定代行の制度」である以上、例えばタンスの中にある服のどれを着るかといったような事実行為に関する決定と成年後見における身上監護を混同すべきでない²⁸⁾としている。

床谷教授の「後見人の役割は、結局は、今ある個人資産および今後得られる財産ないし支援の制度をいかに利用しながら被後見人のより良い生活を実現するかということ」であるとする見解が、「身上監護」について財産行為概念からアプローチする考え方を端的にあらわしていると思われる。

(2) 民法858条の身上配慮義務について 床谷教授は「成年後見法が身体に対する強制を一切含まないものとされていることからすれば、成年後見にはいわゆる身上監護義務なるものは存在せず、あるのはただ、被後見人の意思を尊重し、身上に配慮しつつ行うべき財産管理事務のみ²⁹⁾ではないか」とその立場を徹底している。そして民法858条については「身上監護を希求する声に抽象的に答えたにすぎない」のであって具体的な義務を負わないことを明確にする³⁰⁾。

なお、水野教授は「立法者の解説どおり……崩さなければ、この条文は意義ある指針となりうる」としながら、「かつての民法730条の解釈におけるように拡大解釈して介護労働義務・家事労働義務を読みこむ危険のないようにしなければならない³¹⁾」として、本条から独自の身上監護義務を導きだす見解を牽制している。

(3) 事実行為について この見解からは、法律行為に付随する事実行為については、法律行為に関する権限の行使に伴う注意義務の範囲内と捉えることができ³²⁾、その義務を負うことになる。しかし、いわゆる介護労働のような事実行為に関しては一切法的義務を負わないとするのが特色で

ある。

現実の介護労働等を後見人に法的義務として課すことには問題があると
して、道垣内教授は (i) 扶養義務者（民法730条）でさえ引き取り扶養は
強制できず、経済的給付によるのが通説的見解³³⁾であるのに、バラ
ンスがとれなくなってしまうこと、(ii) 事実行為義務の履行強制不能性か
ら義務を課す現実的意義が乏しく、強制された介護では本人に対し悪影響
が及ぶこと³⁴⁾、(iii) 労働の負担を負うということになると成年後見人等の
なり手がなくなるおそれがあることを理由に挙げている。また上記の理
由に加えて、水野教授は成年後見制度は「家事などの生活に必要な身の回
りの事実行為ができなくなったという衰弱の救済制度ではない」³⁵⁾ので
あって、制度の機能以上のものを盛り込むことは成年後見人等への過大な
負担になると同時に、本人の人身の自由への介入といった危険をも生むと
批判する。とくに家事・介護労働については、国家財政や介護労働力の不
足を考えるとその必要量を満たすことは厳しい現状にあり、従来家族内、
とりわけ多くは女性（娘や息子の妻）により無償で担われてきたアンペ
イドワーク³⁶⁾といわれる種類の労働であることから、成年後見人等に介護の
最終責任を負わせた場合には、特定の間人グループについて不当な隷属が
生じる危険がある³⁷⁾としている。

2 「身上監護」からのアプローチ

これに対して身上監護こそ成年後見制度の眼目であるとする見解がある。
すなわち、身上監護事項を成年後見制度に積極的に取り込み、むしろ、そ
の中核に据えようとする見解である。成年後見制度が判断能力を補充する
制度であることを前提としながら、身上監護につき独自の権限・義務を認
める。小賀野晶一教授、新井誠教授、上山泰教授、能見善久教授が代表的
論者といえよう。

(1) 「身上監護」概念について 立法を念頭に置いた議論でみられた
「身上監護」概念には様々なものがあつた。たとえば新井教授は、成年後

見制度において最も重要なことは「被保護状態にあっても可能な限り従来どおりの生活が送れるよう社会的に援護すること」であるとして³⁸⁾、典型的な法律行為とは異なり具体的法律効果を伴わない単なる意思決定である、「タンスの中にある服のどれを着るのか、どこに散歩に出かけるのか」といったような、「財産行為不関与型身上監護事項」概念を設けて³⁹⁾成年後見人等の職務範囲に据えた。

また小賀野教授は、判断能力の低下だけではなく、身体能力の減退により外界交流能力が欠けた場合も含めて支援すべきだとして、総合的な成年後見法の必要性を説いた。そして「身上監護」とは、身上監護者が「身上処理能力減退者のために必要かつ適切な介助が行われるように、身上監護事項の決定及び手配を行うこと」と定義づけ⁴⁰⁾、後見人が必要な介護事項をアレンジすることができないといった一定の場合には「善管注意義務の内容として」、事実上の介助義務が身上監護者に課されること⁴¹⁾を認めている。

新法においても、身上に関する法律行為に加えて、身上監護独自の義務をそこに認めるというかたちで成年後見制度の身上監護を重視するのが、こうした見解の特色といえる。

(2) 民法858条の身上配慮義務について この見解では、民法858条の身上配慮義務を身上監護を強調するものとして評価した⁴²⁾ううえで、身上監護に独自の義務を認めうる根拠としている。民法858条では、条文中「財産管理」と並列的に「生活、療養看護」と表現されていることから、財産管理には包摂されない身上監護事務があると解することができ、「事務」という表現から、必ずしも法律行為には限定されない⁴³⁾と理解するのである。能見教授はここから「成年後見人等の権限として一定の事実行為を行うことが可能」とし⁴⁴⁾、小賀野教授も同様に、この858条から「法律行為または事実行為の決定権限」と「決定権限に付随しておこなわれるべき事実行為」を導き出せるとしている。また上山教授はこうした事実行為を導くことに加え、身上配慮義務の独自性として、資産保全管理でなく、

本人のための資産活用（消費）的管理の原則化， 本人の現状を確認する， 一般の見守り活動義務， 時間の経過とともに変化する本人のニーズを制度利用にのせるための後見内容変更義務の3点を挙げ， 成年後見人等の固有の身上配慮義務として義務付けることができるという理解⁴⁵⁾をとっている。

(3) 事実行為について このように一定の事実行為を行うことを民法858条から導けるとしても， 一方で能見教授は，「介護労働まで後見人がやってくれ则认为するのは， 成年後見制度に対する誤解に基づいている」として⁴⁶⁾， 成年後見人等は「(民法863条により家庭裁判所の監督権限を行使したうえで)手術の決定のような意思決定を広く含めて」身上に関する意思決定を行う必要があり， こうした「身上に関する意思決定に関連して， その準備や事後的処理としてなされる事実行為」が一定の事実行為にあると解している⁴⁷⁾。

他方で上山・小賀野両教授は， 一定の場合には現実の介護義務のような事実行為を課すことも肯定できるという見解に立つ。小賀野説は「ホームヘルパー等を確保できず， 本人を放置することがその生命・身体を害し， あるいは福祉に反する場合には， 決定権限を有するものが負うべき義務として適当な援助しなければならない」としており⁴⁸⁾， この義務が， 日常的・恒常的に要求されるものではないことを強調⁴⁹⁾する。また上山説においても， 放置状態が生じた場合， それを「合法的状態」と評価することは問題があるとして， 効果論について一定の操作を加えたうえで現実の看護・介護義務を成年後見人について肯定する⁵⁰⁾。これは成年後見人に過重な負担をかけず身上義務違反を違法的状況として評価するため， 効果として第一義的には成年後見人の解任（民法846条）のみをおこない， 不作為が不法行為責任を生ぜしめるに足りるほど違法性の程度が高い場合には損害賠償責任を成立させるものである⁵¹⁾。一定の場合には， 現実の介護義務のような事実行為についても成年後見人等の職務とする見解には， 深刻化する介護問題へ何らかのかたちで民法から対処できないかという思いが存

在すると解される。

3 小 括

学説の議論を検討すると、「身上監護」を成年後見制度の中核に据える見解が「身上監護」を重視していることは当然であるが、財産行為概念からアプローチする見解においても、「身上監護」を軽視しているというわけではない。立法者見解と同様に、生活・療養看護に関する法律行為とそれに付随する事実行為（介護契約、その履行の見守り、社会保障給付の申立て等）を「身上監護」として後見職務の範囲内になると捉え、民法858条の身上配慮義務の明示については、新法の理念として身上監護を重視した結果と捉えているからである。また床谷説のように「身上監護」義務を否定した場合においても、上記のような義務は当然に「被後見人の意思を尊重し、身上に配慮しつつ行うべき財産管理事務」に含まれると解されている。

他方、「身上監護」を成年後見制度の中核に据える見解においては、「身上監護」を単に契約などに付随するものと捉えることを疑問視して、その内容を拡大させており、生活・療養看護に関する法律行為とそれに付随する事実行為に加え、その他一定の事実行為を成年後見人等の義務として課している。この事実行為の内容については、一定の事実行為に関する決定権限・手配についても、法律行為と関連性の深いものは、その法律行為に付随した事実行為と捉えることが可能と解されるのであって、両見解の異なる点というのは、現実の介護労働のような事実行為をその内容に含めるかという問題にあると考える。財産行為概念からアプローチする見解に立つ場合、介護のような事実行為について成年後見人等が一切法的義務を負わないとするのに対して、「身上監護」を成年後見制度の中核に据える見解には、ある一定の場合に、こうした事実行為についても法的義務が生ずると解する学説が存在しているのである。

法的義務を課すことの意味は、義務に違反した場合の効果にあるが、現

実の介護労働のような事実行為は、その性質上、強制履行不能と解される。そこで上山説、小賀野説ともに、義務を課すにあたっては効果論について一定の操作を加えており、小賀野説では義務違反について成年後見人等の解任事由とし⁵²⁾、上山説では原則として成年後見人の解任、不作為の態様によっては損害賠償責任を成立させるとしている。義務を課すとしても、成年後見人の固有資産の抛出（あるいは、これに代わる労働力の提供）は強要できないという前提に立つ以上、法的義務を課す現実的な意義として、法的義務を課さないとする見解との間に大きな違いが生じるとまではいえない。

むしろこうした法的義務を課すことによって、「意思能力・判断能力は十分あるにもかかわらず、身上監護のために成年後見が必要」⁵³⁾と考え、成年後見制度の本質を誤解し、自己決定権の尊重という理念に矛盾する結果を導く危険性や、成年後見人のなり手に過重な負担感を与えてしまい、とくに第三者後見人確保の点からマイナス効果を生じさせるといったデメリットの側面が大きくなってしまい、適当ではないと考える。

ゆえに「身上監護」の内容について、一定の場合に限定するにせよ、純然たる事実行為を含めるべきではないと解するが、これについては、第3章で実務における「身上監護」事項、事実行為と法律行為の関係等の分析を踏まえた上で、第4章において、さらに検討していきたい。

第3章 後見実務にみる「身上監護」の問題

前章において立法者の見解、学説の展開と、身上監護をめぐる議論について見てきたわけであるが、本章では具体的な事例をもとに、成年後見人等の職務における「身上監護」について探ってみたいと思う。制度は現場で運用されているのであり、その現場において成年後見人等の職務はどのように捉えられているのか、またどのような問題が生じているのかについて見ていく。

第1節 具体的事例の分析

ここでは、法定後見における後見事件を2件とりあげる。「概況」からわかるように、成年後見制度において最も利用されている類型であり、問題等を探るにあたって適当だと考えるからである⁵⁴⁾。

【ケース1】 本人は70歳代の女性であり、以前からアルツハイマー型痴呆症が進行している状態にあった。夫とふたり、アパートで年金をもとに生活していたところ、夫が突然死亡。本人は夫の死を理解できずに遺体と生活していたが、警察に保護され入院することとなった。

本人には子がなく、3歳年上の姉がいるが20歳の頃から一切行き来のない状態であるために、検察官が家庭裁判所に後見を申立て、FPIC⁵⁵⁾会員A氏が後見人を引き受けたケースである。

成年後見人はまず夫の名義となっている財産について、本人が相続人であることを確認し、本人の代理人として預貯金等をすべて解約・現金化した。この約1200万円をこれまで未払いであったアパート家賃・公共料金・医療費等の支払いにあて、残りを今後の生活費用として確保した。また、本人が要介護状態にあったことから、介護保険審査請求等の手続きを行い、福祉施設との利用契約をおこなった。

入院中、本人の持病である糖尿病が悪化して、下肢に壊死が生じたことから切断が必要となり成年後見人は同意を求められた。また本人が糖尿病食に不満を示しており、甘いものをほしがっていたことから、医師は先が長くないことも考慮に入れて、本人の好きにさせたいと考えたが、一種の安楽死的措置になるかもしれないとの説明のもと、この点についても成年後見人に同意を求めた。姉の意見を聞こうとするものの、頑なに拒否されてしまい、成年後見人が苦慮しているうちに本人が死亡した。

死亡後、姉は一切関わりたくないということで成年後見人が死亡届など一連の手続、身のまわり品の整理から墓所の手配などをおこない、自ら喪主となって葬式をあげた。

【ケース2】 本人は75歳の男性で、妻死亡後は別の女性と賃貸住宅にて同居していた。本人は本人のきょうだい（姉・弟・妹の3人、みな高齢である）とは没交渉であったが、本人に痴ほう症状が表れ、同居の女性から、住宅を出払うので本人の面倒を見るよう連絡をうけたため、きょうだいがとりあえず本人を入院させる手続をとった。痴呆症以外の病的症状は特に見当たらず適当な介護施設への入所が望ましいが、本人の判断能力が喪失されており契約に問題があること、同時に年金管理にも問題があることからきょうだいが後見を申立て、リーガルサポート会員の伊藤玄一郎氏が成年後見人として選任されたケースである。

本人は不動産等を有しておらず、預貯金についても同居生活において使い果たしていたため、公務員として勤務していた際の共済年金、月額約22万円が唯一の収入であった。成年後見人はまず、年金から入院費・介護保険の保険料・健康保険税等の支払いをおこなうこととして、目下の懸案であった老人保健施設への入所準備を進めた。

ところが軽い風邪をきっかけに、本人は車椅子なくしては生活できない状況となり、さらに褥瘡（いわゆる床ずれ）の発症・悪化によって、とても施設に入所できる状況ではなくなってしまった。そして褥瘡の治療のため転院した後、容態が急変し本人が死亡した。

本人死亡後は手配しておいた葬儀社の社員とともに遺体を葬儀社の式場へ運び、死亡届を提出し火葬に付した。また財産関係の清算として未払いの入院費を支払い、さらに相続人の葬祭費（国民健康保険法58条）の請求、準確定申告（還付申告）等の準備についても行った後、きょうだいらへ引き継ぎ、裁判所への報告・報酬付与決定の申立てをもって後見事務を終了した。

こうした具体例をみると、「身上監護」に関する後見事務といった場合、【ケース1】では介護保険審査請求等の手続や福祉施設との利用契約、【ケース2】では入院契約などが、その典型として挙げられるだろう。

しかし「身上監護」と対比して用いられることの多い「財産管理」につ

いても、その内容を詰めていくと「身上監護」との境目は曖昧になる。【ケース1】では、約1200万円という額の預貯金につき、解約・現金化している。この行為は財産管理であると解されるが、その目的は本人の生活・医療福祉のために用いることにある。そうすると、この解約行為は本人の身上に配慮した財産管理であると同時に、生活や医療に関する法律行為をおこなうために必要な行為とも密接な関連を有している。

家庭裁判所が成年後見人等になるべき者について、本人の療養看護・生活等のために積極的に財産を利用しようとする方針を有しているか調査するように(家事審判規則83条1項・93条2項)、そもそも財産管理は「身上監護」事項を中心におこなわれるものとされている。生活すべてに金銭が関わることを考えると、現実には両者の線引きが明確につく事は少ないと思われる。

また、このような身上監護と財産管理の事務を遂行するにあたって、食事の介助のような純然たる介護労働をなすことはないにしても、細かな日常の法律行為になればなるほど事行為との親和性は増すことになる。さらに法律行為に付随する事行為については成年後見人等の職務とされていることから、成年後見人等の職務行為に事行為ないし事行為的要素が多分に含まれることは想像に難くない。【ケース2】の伊藤氏は、施設の入所契約という法律手続の分野に限定しても、そこには順番待ち(空き待ち)や感染症の疾患を有している場合にはその治療を終えてからでなければ入所できないといった、事実上の問題がでてくるため、医師や介護支援センターの職員・施設の職員らと共に、自分のおこなうべき事柄を確認し、細かく意思疎通を図りながら、仕組みの中にどっぷりと漬かって右往左往することになると述べている。

「身上監護」といっても、実務上では財産管理と身上監護、事行為の各要素が密接に関連しており、その性質や内容が単純明快に説明できるようなものではないことがわかる。前章でみた学説の見解を検討していくうえで、こうした「身上監護」の複雑性を理解することが重要である。

第2節 身上監護概念の拡大

身上監護と関係して、【ケース1】においては医療行為等の同意・決定の問題、また【ケース1】【ケース2】で本人死亡後の事務に関して、成年後見人の職務範囲と考えられるのが問題となった。そこで次章において「身上監護」に関する検討を進める前に、それらの問題について考えていく。

1 医療行為の同意・決定権限

第1章でも見たように、成年後見制度利用者の約4割が病院に入院している状況、また高齢者の利用が今後増加することを考えて、高齢になれば持病や何らかの障害を持つことが多くなることを考えると、医療に關した職務が成年後見人等の重要な職務とされることは想像に難くない。

入院契約や診療契約締結の代理権を成年後見人等が行使することについては、立法者見解によっても、その職務範囲と考えられるが、医療行為に対する同意・決定権を成年後見人等が有するかについては問題がある。現場では、医師が成年後見人等に対して医療行為に関する同意を求めることも多く⁵⁶⁾、特に職業後見人の場合には判断の難しい問題となる。

立法者はこの点について、一時的に意識を失った患者や未成年者に対する医的侵襲の決定・同意全般に関わる問題ゆえ、成年後見の場面についてのみ規定を導入するのは時期尚早とした。そして当面は社会通念のほか、緊急性がある場合には緊急避難・緊急事務管理等の一般法理にゆだねることとし、今後十分な議論と検討を経て解決すべき問題だとしている⁵⁷⁾。

確かに日本ではこうした場合に、家族へ同意を求めることが多いが、その同意・決定権限の性質などについて確立した見解があるわけではない⁵⁸⁾。また、そもそも「患者に意思能力がある場合でさえ、医師は患者本人よりも家族の方に先に診断名などの情報を提供し、治療方針も家族の意思によって決定してしまうことが多々ある」と指摘されるように⁵⁹⁾、患者自身

の自己決定権についても、その捉え方はさまざまといった状況にある。

そう考えると、とくに【ケース1】で見られるような、本人の身体への侵襲が大きい手術などについて安易に同意権を認めることは本人の危険も大きく、手術等に関する患者の自己決定と家族等の同意、さらにはこうした問題の先に見えてくる安楽死・尊厳死の問題についても一般的な議論を深め、そのうえで「判断能力が失われた場合に、患者の意思決定を尊重するような代行制度」⁶⁰⁾を確立していかなければならないと解される。現状において成年後見人等としては、医療契約代理権と医療行為同意・決定権とを分けて、その前者にのみ権限を有する成年後見人等の職務についてよく説明し、理解を深めてもらうことに努め⁶¹⁾、最終的な決定は医療機関側がおこなうということになるだろう。着々と議論を重ね、立法によりルール化することが必要である。

なお医療行為といっても、日常的な診察や血液検査のようなものにまで、全て成年後見人等の同意・決定権限を認めないとするのは現実的でないと思われる。医療契約には検査や診断など一定の医的侵襲をおこなうことによって、医療機関側の債務である治療行為が決定するという側面があるからである。ゆえに、医療契約締結の代理権を行使するうえで必要な範囲については、成年後見人等にその同意権を認めることができると解される。この点、上山教授はこうした医療行為の同意について、「本人に当該医的侵襲に関する同意能力がないこと」を絶対条件として(本人に同意能力がある場合はそれに従う)、「本人への侵害の程度の小さい(危険性の低い)必要最小限の医的侵襲行為」に限定して医療同意権を認めるべきである⁶²⁾としている。確かに、どれほど身体的干渉が軽微であっても医療行為を受けるか否かは、自己決定が最大限保障されるべきだと考えられる。しかし、その同意能力の捉え方⁶³⁾によっては本人の保護が十分に図れない危険もある。

そこで、この同意能力については、当該医的侵襲が一般的に身体にもたらす効果を理解していること、自らの身体にその医的侵襲をおこ

なうことに対して、肯定ないし否定すること、否定した場合にはその理由を明確にでき、否定したことによって自らの身体にもたらされる結果について理解できていること、の三点すべてを満たした場合に有するものと解すべきである。そして、このような同意能力を有さない場合、本人がインフォームド・コンセント⁶⁴⁾を十分理解し行使することは困難であるので、成年後見人等が医療行為の客観的必要性を判断し、同意することになると解する。これらの医療行為は本人の健康に関して重要な情報をもたらすものであり、身体的干渉も軽微であるので、保護の側面を重視すべきだと考えるからである。

2 本人死亡後の事務

本人の死亡によって後見は当然に終了し、成年後見人等には、後見終了の登記を申請する義務が生じるとともに（後見登記等に関する法律8条）、

2ヶ月以内にその管理の計算をして（民法870条・876の5条・876の10条）、相続人等が事務を処理することができるようになるまで必要な処理を行うことが求められる（民法654条を準用する、874条・876の5条・876の10条）。つまり成年後見人等は後見終了後も余後効⁶⁵⁾として一定の善処義務を負うことになるのである。

ただ、この本人死亡後の事務について【ケース1】【ケース2】を見ても、未払い金の清算から遺体の引き取り、葬儀及び埋葬に関する事務と幅が広く、成年後見人等がどこまでこの事務についての権限・義務を有するかは不明確である。

任意後見における任意後見契約公正証書作成の手数料に関する規定をみると、「委任事項が生前の事務と密接な関連を有し、かつ事務の性質上死後相当の期間内に終了するもの」については任意後見契約の従たる行為として手数料が加算されないが、これに該当しないものについては、別個任意代理の委任契約として手数料が加算されることになっている。具体的には、「医療費の支払い、家賃・地代・管理費等の支払い、敷金・保証金の

受領等」が従たる行為の例として、それ以外の行為の例としては「葬儀・埋葬に関する事項、墓石建立・菩提寺の選定に関する事項、相続財産管理人の選任申立て、賃借建物の明渡し等」が挙げられている⁶⁶⁾。これを参考にとすると、法定後見においても未払い金の清算や保証金などの債権の請求については応急処分の範囲とすることが十分可能といえるだろう。

他方で、死亡届については成年後見人等自身に何ら届け出の権限は認められておらず(戸籍法87条・93条・56条)、遺体の引き取りについては、祭祀主宰者に引き継がれるものと解され67(民法897条)、祭祀主宰者がいない場合には死亡地の市区町村長が埋葬することになる(墓地・埋葬等に関する法律9条)。そのため本人の死後事務であっても、死亡届、葬儀や埋葬、供養に関する問題については、成年後見人等の権限でもなく義務でもないということになるだろう。ただ、家庭裁判所において、葬儀などの事務処理を含めて身上監護と捉え、報酬の付与というかたちで評価したと考えられるケース⁶⁸⁾や、供養や墓所購入に際して相談に応じる⁶⁹⁾などの対応がなされていることを考えると、実情に合わせた柔軟な解釈が図られているようである。【ケース1】【ケース2】もそうであるが、葬儀や埋葬に関して、生前から本人の意思を尊重することに努めて財産を管理してきた成年後見人等が、現実の問題としてやらざるを得なかった事例は少なくない。こうした事務は死後の一時的な事務であることも考慮して、成年後見人等が死後の事務をおこなった場合には、家庭裁判所が後見職務の一環として評価し、適正な報酬を付与すべきである。今後の家庭裁判所の対応について注目し、事例を蓄積してその内容を具体化していく必要がある。

なお、こうした死亡後の事務の問題に関してはトラブルも多く、【ケース1】のように例え親族がいたとしても円満に遂行されるとは限らない。とくに高齢者の場合、自分の死後の事務に関して自らの意思に基づく処理を望む声は大きい。葬送産業が取り組んでいる葬儀等の生前契約⁷⁰⁾を利用することも考えられるが、履行保証の面からは問題が残る⁷¹⁾。また遺言は、遺言事項が法定されていることから、それ以外の事項については遺言に定

めたととしても法的効力は生じるものではなく、相続人の自発性に委ねられることになってしまう。

そうすると、より一層の確実性を求めて、任意後見監督人の存在する任意後見において、本人の死亡後の事務に関しても契約できないかが問題になってくる。この点、任意規定である委任については、特約により本人死後の委任契約及び任意代理権の存在を認めることができると解され（最判平4年9月22日金融法務事情1358号53頁。「委任者が自己の死後の事務を含めた事務処理を委託した場合に、当然に、委任者の死亡によっても委任契約を終了させない旨の合意を包含するもの」と判示。差込審では、この合意が委任者の相続人も解除できない旨の合意を含んでいると解し、相続人の解除権を制限した⁷²⁾、任意後見契約も委任契約の一類型であるから、委任契約の一般原則に従い、死後の事務も含めた契約を結ぶことが可能と解される。ただし、死後の事務については代理権目録に記載したとしても、成年後見登記ファイルには記載されない（後見登記法5条）。また、もし本人が任意後見に移行せずに死亡した場合には、死後の事務をおこなうことができなくなる。そこで通常の任意代理契約を締結して死後の事務を規定し、任意後見や法定後見に移行した際には、死後事務の規定を除いて任意代理契約を当然に終了させる旨記載しておくほうがよい⁷³⁾。任意後見契約の利用形態における、「移行型」によってこの問題を解決するということになる。自己の死に備えておくことは、遺族間トラブルを防止すると同時に、主体的に生きる自分の価値観の表明としても重要である。

第4章 「身上監護」の検討と今後の課題

1 「身上監護」の検討

「身上監護」について、立法者見解・学説の展開・実務とそれぞれ見てきたわけであるが、先に述べたように、現実の介護のような事実行為を身上監護としてどう扱うかということが、この問題の最大の論点であると思

われる。

第2章において、学説で主張される身上監護の内容に関しては、生活・身上に関する法律行為と事実行為、さらに事実行為を、法律行為に付随する事実行為、事実行為に係る決定権限、現実の介護のような事実行為と分類できる。このうちについては、その解釈によって法律行為に付随する事実行為、ないし、現実の介護のような事実行為に収斂されると解してよいだろう。たとえば、新井教授が「財産行為不関与型身上監護事項」概念の例としてあげた「タンスの中にある服のどれを着るのか、どこに散歩に出かけるのか」といったような決定権限はに含まれると考えられる⁷⁴⁾。介護労働として、着衣の援助をする場合でも、どのように援助するか(腕を通すのを手伝うか、あるいはボタンはめのみ手伝うか等)にはじまり、介護者は何らかの決定をして援助するのであって、こうした決定権限は介護労働の一環と捉えられる。また能見教授が例としてあげた、医療行為契約を締結するにあたって、そもそもどの病院を選ぶかという行為⁷⁵⁾は法律行為に付随する事実行為に含まれると解されるのである。当然に法律行為とそれに付随する事実行為は、成年後見人等の職務と考えられる以上(民法858条)、身上監護に独自の義務を与えるかという問題は、そのような事実行為について成年後見人等に義務を課すかという問題と直結することになるのである。

この点、事実行為も行う成年後見人等が存在する、つまり成年後見人等自ら事実行為を提供することに関しては、それぞれの自由であると考えられるが、それを法的義務として課すことには問題があるように思う。やはり、民法858条の「事務」とは法律行為を指すのであって、身上配慮義務とは本人の身上に配慮してその事務を遂行すべき一般的な責務⁷⁶⁾と捉えるべきではないだろうか。高齢化の進展と共に要介護者は増加し、介護労働の支援に対する期待はかなり大きなものになっている。同時に、成年後見人等の職務への周囲の期待は大きく、成年後見人等が身元保証人・身元引受人⁷⁷⁾などを求められるケースも少なくない。そして、職務自体が多岐にわ

たるうえ、第3章で検討したように「身上監護」といっても財産管理と身上監護、事実行為の各要素が密接に関連していたことから、すべての事実行為について義務化することは成年後見人等に不当な過重負担が生じる危険性が高く、妥当ではないと思われる。さらに、成年後見人等の9割が本人の親族であることを考えると、介護の最終責任を家庭に負わせる結果へと導くことにつながりかねず、介護の社会化に反する状況が生じるおそれがある。

論理構成については立法者見解と同様に捉えられるものであるから、再度の繰り返しは避けるが、この立場に立ったとしても、義務を課すと解する見解に比較して、身上監護の実効性が低くなるわけではない。旧法において善管注意義務違反を認めたように、新法においても民法869条で準用する民法644条の善管注意義務と併せて、民法858条の身上配慮義務の懈怠について、成年後見人等の解任事由や損害賠償義務を認めることは十分に考えられる。民法858条は、身上監護充実の観点から成年後見人が負うべき善管注意義務の内容を敷衍し、明確にしたものとして位置付けられるからである。立法者も同様に責任を問うことが可能であると解している⁷⁸⁾。そうすると、上山説が身上配慮義務の独自性としてあげた、本人のための資産活用（消費）的管理の原則化、一般的見守り活動義務、そして後見内容変更義務に関して、この見解からも不適切な場合には責任を問うことが可能といえる。

そもそも成年後見制度は判断能力を補うことによって、本人の保護と自己決定の尊重を図ろうとする制度である。それゆえ後見事務の内容として「法的な権利の擁護と被後見人の心身の健康・安全の確保のために必要な措置（交渉・契約・契約履行等）をとること、そのために本人の財産を適切に管理・運用すること」が求められていると解される⁷⁹⁾。介護問題についても、成年後見制度がそのすべてを解決することはできないが、たとえ現実の介護労働を職務に含まなくとも「本人に必要な介助を支援して権利保障を図る」という共通する目的の実現にむけて、介護者と協働⁸⁰⁾という

かたちで援助を行えばよいのではないだろうか。職務の性質として事実行為要素が多いことから、介護保険制度や民間の介護サービスの利用へつなぎ、履行を見守るといった成年後見人等の役割を果たすことで、介護者に余裕が生まれ、より適切な介護がなされるよう働きかけることが十分にできると考えるからである。もちろん、一層の社会福祉政策の充実をはかることが重要⁸¹⁾であることは言うまでもない。

成年後見制度は確かに万能ではないが、正しく制度の意義を理解しないままに使えない制度と捉えることは誤りであり、人が社会で生きるためには欠かせない私的自治の補充と関わって、重要な制度であることを再度認識することが必要である。人として判断能力が衰えても「その人らしく生きる」こと、個人の多様性と尊厳を承認する生活を保障するのが成年後見制度である。

2 今後の課題

成年後見制度の今後の課題として、まず、成年後見制度を利用するにあたって、成年後見人等の職務を円滑に行えるようにし、不必要な負担を軽減すること、そして本人への不適切な干渉によって本人の利益が危険にさらされないようにする仕組みをどう構築していくかということが問題となる。

職務について、とくに身上監護に関する職務を円滑化するには、事実行為を担当するホームヘルパー、介護サービス提供会社、ボランティア等との連携が密になることが望ましい。相互に情報交換を行えるようなネットワーク作りが必要になる。また福祉や医療の総合情報を手軽に入手できる環境が整えられることも重要である。現在「WAMNET」という福祉・保健・医療の総合情報サイト⁸²⁾があり、地域情報なども含めて情報の提供がなされているが、こうしたインターネットを利用した総合情報の提供というのもひとつの方法であろう。内容を更新しやすく、利用者としても時間を問わずアクセスできるといったメリットもあり、情報誌の発行などと併

せてさらに充実を図っていくべきである。

また、成年後見人等の9割を占めている親族後見人を支える仕組みが必要不可欠だと考える。親族後見人の場合、後見職務についての理解や専門的知識が十分でないことが多く、本人の個人財産という概念を没却しがちである⁸³⁾。よほど極端なことをしない限り、家族が行ったことについては周囲も大目に見てしまう傾向がある⁸⁴⁾のは事実であるが、こうした意識のまま成年後見人等になったのでは、本人の利益が危険にさらされ、成年後見制度の意義が失われるおそれがある。親族後見人は身近で、本人の意思に沿った保護を図りやすい場合も多く、重要な人的資源である。家庭裁判所でも、選任の際には職務を明確に理解できるようパンフレットを配布するなどの工夫⁸⁵⁾をしているようであるが、選任された後、成年後見人等が職務遂行する際にでてくる疑問や迷いに対して、助言あるいは情報提供による支援を迅速に行える相談機構が存在すると、不適切な財産管理や身上監護も減少すると思われる。家庭裁判所の人員のみでは対応も難しく、即応性が劣ることは否めない⁸⁶⁾が、成年後見に取り組み、その専門知識と経験をもとに活躍している多くの団体⁸⁷⁾と親族後見人との接触の機会を増やすことで、職業後見人らの間接的な支援を受けやすい体制を築くことが必要である。

運用の要ともいえる成年後見人等のなり手を増やし、後見職務を長く継続できるように、こうした仕組みを充実させねばならない。

二つ目の課題として、上述したような成年後見制度自体の充実をはかると共に、成年後見制度と他制度との連携によって、総体として判断能力の不十分な人々が契約社会の中で安心して生活していけるようにすることも重要である。

成年後見制度が判断能力の不十分な人々全てをカバーするというのは、家庭裁判所や公証人役場の機能の限界もあり、現実の問題としては難しい側面がある。また判断能力が不十分な人々の生活状況によっては、成年後見制度より他の制度の方が気軽に利用でき、ニーズに合うということも考

えられる。社会福祉法に規定されている「福祉サービス利用援助事業(地域福祉権利擁護事業)⁸⁸⁾」は、精神上的の理由によって日常生活を営むのに支障がある在宅の人を対象に、生活支援員が福祉サービスの利用手続の援助や、日常的な金銭の管理、書類等の預かり⁸⁹⁾などを行う事業である。援助内容は成年後見における身上監護と重複する点があり、この利用によって能力制限がなされることはない。低額な料金で利用できることから、在宅で生活し、定型的で比較的少額な財産管理と身上監護を必要としている場合には、福祉サービス利用援助事業の利用が適しているともいえる。但し利用方法は本人と事業者との契約によるので、このような契約締結能力を有さない場合には原則として、成年後見制度を利用することになる。判断能力や援助を必要とする内容の変化によっては、成年後見制度へ移行する必要があるので、それぞれの制度の特色を理解したうえで連携を密にしていくべきである。

平成14年9月において、65歳以上人口(推計)は2362万人、75歳以上人口は初めて1000万人を突破した⁹⁰⁾。65歳以上の人の痴ほう症発症率は約6%であり、年齢の高まりとともに、この発症率も高まっていく。「現代の消費トラブルが最も深刻なのは高齢者⁹¹⁾」といわれるように、こうした判断能力の低下と高齢者が比較的多額の財産を有している⁹²⁾ことに目をつけ、高齢者を狙った犯罪は後を絶たない。まさに法定後見が利用され、本人の保護が図られる場面であるが、こうしたトラブルは成年後見制度施行後も増加傾向にあるという。また平成15年度4月からは、知的障害等のある人々への福祉サービス制度が「支援費制度」に移行し、サービスの提供者を自由に選択して契約により利用することになることから、成年後見制度における身上監護事項の重要性はますます高まってくる。

今後の成年後見事例を蓄積し、本稿で検討した点をより具体化することで成年後見制度の内容を充実させると共に、制度の理念・意義が正確に理解され、周知のものとなるよう、より解り易い広報をおこなっていくことが必要であろう。

成年後見制度における「身上監護」の検討（能手）

- 1) 小林昭彦・大鷹一郎・大門匡編『一問一答 新しい成年後見制度』（商事法務研究会，2000年）5頁。障害のある人も家庭や地域で通常（障害のない人と同様）の生活をする事ができるような社会こそノーマルであるという理念。
- 2) 最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況～平成12年4月から平成13年3月～」『実践 成年後見 No. 2』（民事法研究会，2001年）35～50頁。「成年後見関係事件の概況～平成13年4月から平成14年3月～」『実践 成年後見 No. 3』（民事法研究会，2002年）59～71頁。
- 3) 「後見登記等に関する法律」が2000年4月より施行され，取引の安全の要請と本人のプライバシー保護の要請との調和を図る観点から成年後見登記制度が創設された。
- 4) 新井誠「成年後見制度の概念と実際」法学セミナー575号44頁（2002年）。
- 5) 「成年後見制度に関する市町村アンケート結果報告」社団法人日本社会福祉士会。2002年2月～3月にかけて全国34都道府県の2,322市区町村にむけておこなわれ，内1,425市区町村から回答がなされた。<http://www.jacsw.or.jp/date/enquete.pdf> 2003年1月7日利用。
- 6) 岩澤勇「いま，成年後見は 新成年後見制度施行半年を迎えて」『実践 成年後見 No. 1』（民事法研究会，2000年）49頁。
- 7) 全国社会福祉協議会案「福祉サービス利用契約モデル案」等。
- 8) 赤沼康弘「成年後見制度定着のための課題」ジュリスト1211号61頁（2001年）。
- 9) 上山泰『成年後見と身上配慮』（筒井書房，2000年）13頁，道垣内弘人「「身上監護」，「本人の意思の尊重について」ジュリスト1141号34頁（1998年）など参照。
- 10) 小林昭彦・原司「平成11年民法一部改正法等の解説（七）」法曹時報53巻9号（2001年）2499頁。なお，田山輝明『成年後見法制の研究 上巻』（成文堂，2000年）69頁にて，成年後見人の場合，財産管理権との対比において，民法旧858条1項の権限・義務を一般に身上監護とよんできたと解説している。
- 11) 於保不二雄・中川淳編『新版 注釈民法（25）親族（5）』（有斐閣，1994年）406～411頁〔明山和夫・國府剛〕。
- 12) 小林・大鷹・大門編・前注1）7～8頁。
- 13) 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および補足説明』（1998年4月18日）9頁。
- 14) 法務省民事局参事官室・前注13）41頁。
- 15) 法務省民事局参事官室・前注13）41頁。
- 16) 小林・原・前注10）2501頁。また 座談会「成年後見制度と地域福祉権利擁護事業 その制度と運用をめぐって」野田愛子・道垣内弘人編『成年後見制度と地域福祉権利擁護事業』判例タイムズ No. 1030（2000年）19頁内，小林昭彦発言。
- 17) 小林・原・前注10）2505頁。
- 18) なお立法者の見解については，小林・原・前注10）における逐条解説を基にしている。
- 19) 小林・原・前注10）2505頁。
- 20) 小林・原・前注10）2502頁。
- 21) 小林・原・前注10）2502～2503頁。
- 22) 小林・原・前注10）2502頁。

- 23) 水野紀子「後見人の身上監護義務」判例タイムズ No. 1030 105頁(2000年)。
- 24) 上山・前注9) 16頁。
- 25) 道垣内弘人「成年後見制度私案(二)」ジュリスト1075号94頁, 97頁(1995年)。
- 26) 道垣内・前注25) 94頁。
- 27) 座談会 前注16) 道垣内発言。
- 28) 水野・前注23) 100頁参照。
- 29) 床谷文雄「成年後見における身上配慮義務」民商法雑誌122巻4・5号549頁(2000年)。
- 30) 床谷・前注29) 553頁。
- 31) 水野・前注23) 100頁。
- 32) 上山・前注9) 20頁。
- 33) 二宮周平『家族法』(新世社, 1999年) 196~197頁。水野紀子「成年後見制度 その意義と機能と限界について」法学教室218号94頁(1998年) など参照。
- 34) 道垣内弘人「成年後見制度立法において考えるべき事柄」自由と正義47巻8号83~85頁(1996年)。
- 35) 水野・前注23) 103頁。
- 36) 水野・前注33) 93頁。
- 37) 水野・前注23) 98頁。
- 38) 新井誠『高齢社会の成年後見法 [改定版]』164頁(有斐閣, 1999年)。
- 39) 新井・前注38) 165~166頁。
- 40) 小賀野晶一『成年身上監護制度論』(信山社, 2000年) 78頁。
- 41) 小賀野・前注40) 83~86頁, 194頁。
- 42) 新井・前注4) 43頁, 小賀野・前注40) 46頁, 上山・前注9) 11頁。
- 43) 赤沼康弘・横地利博『改正 成年後見制度のすべて』(日本法令, 1999年) 76頁。また、能見善久「成年後見制度の可能性と限界」書研所報46号, 創立50周年記念論文集(裁判所書記官研修所, 2000年) 40頁参照。
- 44) 能見・前注43) 41頁。
- 45) 上山・前注9) 57~64頁参照。
- 46) 能見・前注43) 33頁。
- 47) 能見・前注43) 36~41頁。
- 48) 小賀野・前注40) 83頁。
- 49) 小賀野・前注40) 195頁。
- 50) 上山・前注9) 85頁。
- 51) 上山・前注9) 87~88頁。但し, 本人の資力(公的扶助等の利用も含む)の都合により成年後見人等が適切な介護サービスの手配をおこなうことができない場合には, 身上配慮義務違反は生じないと解している。「成年後見人等の固有資産の抛出を強要する結果を招いてはいけない」からだとする。
- 52) 小賀野・前注40) 118頁。小賀野「私案」から, こうした理解をしておられる。
- 53) 水野・前注23) 99頁。
- 54) 事例については, 『実践 成年後見』(民法法研究会)を資料とした。なお社団法人成年

成年後見制度における「身上監護」の検討（能手）

後見センター・リーガルサポートとは司法書士会が設立した法人後見事業法人である。全都道府県に窓口をおき、成年後見について精力的な活動を行っている。

- 55) 社団法人家庭問題情報センター，通称 FPIC とよばれる。家庭裁判所調査官 OB・OG が主なメンバーであり，家庭の問題を扱う公益法人である。
- 56) 石原まさ子「高齢者の身上監護と後見人」『実践 成年後見 No. 2』123頁（2001年）など。石原ケースでは食事を胃に直接送れるようにするため，本人の胃ろう増設について同意書に署名を求められた。成年後見人は署名した後，家庭裁判所へ報告している。
- 57) 小林・原・前注10）2511頁。
- 58) 道垣内・前注9）94頁参照。
- 59) 林美紀「医療における意思能力と意思決定 生命の終結に関して」新井誠・西山詮『成年後見と意思能力 法学と医学のインターフェース』（日本評論社，2002年）239頁。がんの告知の問題等。なお東海大学安楽死事件判決（横浜地判平成7.3.28，判例時報1530号28）について「本人の意思の推定を家族の意思表示で補うことを認める見解」だとして，「もっとも重視されてしかるべき『本人の意思』ではなく，『家族の意思』がひとり歩きしている」と，その危険性を指摘している。
- 60) 林・前掲論文（59）240頁。
- 61) 善元貞彦・福田寿弘・中島明日香・杉岡美幸「大阪家庭裁判所における成年後見事件の現状」『実践 成年後見 No. 3』35頁（2002年）。大阪家庭裁判所における対応。
- 62) 上山泰「医療行為についての同意」法学セミナー575号55～56頁（2002年）。
- 63) 石川學「家庭裁判所の要請による成年後見人就任」『実践 成年後見 No. 3』126頁（2002年）。精密検査の立会いを求められ，看護士とともに嫌がる本人を押さえて最後まで検査を受けさせたケース。なおこのケースでは本人（40歳代男性）は知的障害のため4,5歳程度の知能しか有しておらず，客観的な医療の必要性（生命への危険）を認識することは難しい状況にあった。本人の意思尊重との兼ね合いをどう考えるかについては問題となろう。
- 64) 医学的処置や治療に先立って，それを承諾し選択するのに必要な情報を医師からうける権利のこと。
- 65) 内田貴『民法 債権各論』（東京大学出版会，1997年）107頁。
- 66) 北野俊光「公証現場から見た任意後見契約の運用状況」『実践 成年後見 No. 3』20頁（2002年）。
- 67) 二宮・前注33）249頁。なお最判平元.7.18家裁月報41巻10号28頁は「遺骨は慣習に従って祭祀を主催すべき者に帰属する」としている。
- 68) 石原・前注56）125頁。
- 69) 下平雅子「身寄りのない女性の成年後見人を受任して」『実践 成年後見 No. 3』132頁（2002年）。
- 70) 岩澤・前注6）53～54頁。北川慶子『高齢期最後の生活課題と葬送の生前契約』（九州大学出版会，2001年）217頁。死後の事務処理，多くは葬儀の扱いを委託するもので，日本では葬送事業者が独自の戦略で生前契約を提供している。
- 71) 北川・前注70）225頁。「シニアの葬送準備とその提供者に関する調査」（1996年）を実

- 施し検討している。事業者の意識について、225頁以降参照。なお NPO 日本生前契約決済機構(2000年設立)のような、履行の監視・支払の代行を行う団体の存在も注目される。
- 72) 後藤巻則「死後の事務処理の委託と委任契約の終了」星野英一・平井宣雄編『別冊ジュリスト 民法判例百選 債権(第四版)』148頁(1996年)。
 - 73) 山崎政俊「移行型の任意後見契約事例」『実践 成年後見 No. 1』(2000年) 233~235頁。
 - 74) なお水野・前注23) 99~101頁。水野教授は新井教授のこうした事実上の判断・決定は「内容的には介護労働そのもの」として「介護労働を成年後見の中に取り込もうという独自の主張だ」としている。
 - 75) 能見・前注43) 36頁。
 - 76) 小林・大鷹・大門編・前注1) 122頁。
 - 77) 岩澤勇「新成年後見制度の到達程度と展望」『実践 成年後見 No. 2』28頁(2001年)、前田実「法人後見の活用と任意後見契約」『実践 成年後見 No. 3』27頁(2002年)。なお後見人又は保佐人は精神保健福祉法上の保護者となるため、精神保健福祉法41条の保護者の身柄引き取り義務については別個、課されることになる。
 - 78) 小林・原・前注10) 2501頁, 2504頁, 2514頁。
 - 79) 床谷・前注29) 552頁。
 - 80) 小賀野・前注40) 147頁, 187~188頁。
 - 81) 丸山健「新しい成年後見制度の創設に向けて」NBL590号15頁(1996年)。
 - 82) 社会福祉・医療事業団が運営している総合情報サイト「WAMNET」<http://www.wam-go.jp> 2003年1月20日利用
 - 83) 善元・福田・中島・杉岡・前注61) 36~37頁。
 - 84) 中野篤子「コラム 成年後見は特別な制度?」『実践 成年後見 No. 2』112頁(2001年)。
 - 85) 善元・福田・中島・杉岡・前注61) 38~39頁。大阪家庭裁判所では成年後見類型について「成年後見人の仕事と責任」「成年後見人 Q & A」というパンフレットを配布し、具体的に説明するようにしている。
 - 86) 岩瀬純一「家庭裁判所調査官からみた成年後見事件」『実践 成年後見 No. 3』57頁(2002年)。
 - 87) 前出のリーガルサポートや FPIC、弁護士会による高齢者・障害者支援センター、たとえば東京弁護士会「オアシス」や大阪弁護士会「ひまわり」。日本社会福祉士会の成年後見センター「ばあとなあ」。その他にも NPO 法人の「高齢者支援協会」「大分あんしんねっと」など様々な分野の団体が精力的に活躍している。
 - 88) 福祉サービス利用援助事業は社会福祉法2条3項12号に規定された第2種社会福祉事業である。都道府県社会福祉協議会を実施主体とする地域福祉権利擁護事業については国庫補助の対象となっている。
 - 89) 社会福祉法2条3項12号。なお日常的な金銭の管理、書類等の預かりは、福祉サービスの利用援助と合わせて実施主体の判断により行うことができるようになっている。
 - 90) 「統計から見たわが国の高齢者 「敬老の日にちなんで」」総務省統計局統計センター <http://www.stat.go.jp/date/guide/5-3.htm> 2003年1月20日利用。
 - 91) 日本経済新聞2002年6月23日付朝刊19頁参照。国民生活センター発言。

成年後見制度における「身上監護」の検討（能手）

- 92) 総務省統計局統計センター・前注90) 高齢無職世帯の貯蓄現在高調べ。