

知的障害者の「親なき後」問題への 成年後見制度の活用

北 谷 優 輔

(法学専攻 リーガル・スペシャリスト・コース)

はじめに

第1章 「親なき後」問題の実態

1. 「親なき後」問題の現状

- (1) 現 状
- (2) 不安の原因

2. 成年後見の必要性

第2章 成年後見制度の活用と問題点

1. 契約制度の出現と成年後見制度への期待

2. 一般の成年後見と「親なき後」の成年後見の違い

第3章 成年後見の長期化への対応

1. 成年後見人の引継と法人後見の必要性

2. 成年後見人の交代

- (1) 成年後見人等の選任・辞任制度の枠組み
- (2) 実 務
- (3) 「親なき後」問題における成年後見人の交代
- (4) 法人後見の可能性

第4章 身上監護への対応

1. 社会的サポートの現実

2. 医療の実態

- (1) 医療同意権の問題点
- (2) 親と医療同意権
- (3) 成年後見と医療同意権
- (4) 医療同意権の有無をめぐる学説の到達点

3. 安心のための「後見プラン」

- (1) 「後見プラン」とは
- (2) 「親なき後」の成年後見の形

第5章 資力、報酬問題への対応

1. 資力問題への対応

- (1) 資産を保有している場合
- (2) 資産を保有していない場合
- (3) パーソナル・トラスト

2. 報酬問題への対応

- (1) 現行制度の概要
- (2) 報酬助成

おわりに

はじめに

障害をもつ子供への生活支援は、多くの場合、その親が行なっている。もし、その親自身が病気・認知症・死亡等によって子供を支援することができなくなった場合、誰が自分の子供を支援してくれるのか不安は年を重ねるごとに増大する。これが、「親なき後」問題である。そして、多くの「道連れ自殺」が、今でも「将来への不安」によって引き起こされている。また、この「親なき後」問題は、障害をもつ子供をもつ親にとって、重要な問題ではあるが、これまで、あまり取り組みがなされてこなかった。この問題に対してまだ始まったばかりではあるが、公益社団法人成年後見センター・リーガルサポートなど団体が、成年後見制度を利用することによって、成年後見人を、障害をもつ子供の「親なき後」の生活支援の受け皿にしようとする動きがある。

成年後見制度は、高齢者だけでなく、知的障害者もその対象として含まれる。しかし、これまで、高齢者への対応はある程度なされてきたが、知的障害者への対応はまだまだ十分なものではない。この事実に鑑み、現行の成年後見制度の中で、知的障害者の「親なき後」問題にどのように対応することができるのかという実務的な課題を具体化し、また、知的障害者の「親なき後」問題に対応するためのどのような制度作りが必要であるのかを明らかにする。

本稿では、第1章において、「親なき後」問題の実態を把握し、なぜ親

は不安をいだくのかという原因を探り、その上で、成年後見制度の必要性を示す。第2章では、まず、一般的な成年後見人の職務を示した上で、一般的な成年後見と「親なき後」の成年後見を比較し、その違いから、「親なき後」問題に対応するための問題点を示す。その問題点とは、成年後見の長期化、身上監護の必要性、報酬の確保である。この問題点に対応し、第3章では、成年後見の長期化への対応として、成年後見人の引継ぎと法人後見の可能性を論じ、第4章では、身上監護への対応として、「後見プラン」と医療同意権を中心に述べ、「後見プラン」の実現には、専門職後見人の選任が必要であり、それに伴い、専門職後見人への報酬が問題となるため、第5章では、どのようにして親から子へ財産を承継していくのかという資力問題と報酬問題への対応を論じる。

これまであまり具体化されていない「後見プラン」の具体的な内容を検討し、現行制度の実務的課題を抽出することを試みてみたい。

第1章「親なき後」問題の実態

1. 「親なき後」問題の現状

(1) 現 状

2007年1月、厚生労働省は在宅知的障害児（者）の生活の実情とニーズを正しく把握するために、本人を対象として実施した「2005年度知的障害児（者）基礎調査」の結果の概要を公表した¹⁾。

これによると、施設に入所している障害者は、約128,000人であり、在宅の障害者は、約419,000人であり、合計すると約547,000人と推計されるとしている。また、知的障害者の数の推移としてはこの調査が始まった平成2年は395,100人であったが、平成7年には、413,000人、平成12年459,100人と右肩上がりに増加している。

さらに、年齢別に障害者の数を見ると、18歳未満が、117,300人であり、全体の約28.8%を占め、30才未満が50%を占めている。

在宅障害者の生活の場の現状は、「自分の家やアパートで暮らしている」が、87.7%となっており、地域における生活の場の大部分を占めている。また、生活同居者は、「親、兄弟姉妹と暮らしている」は42.1%、「親と暮らしている」は34.3%となっており、合計すると、親等の家族と暮らしている人は、76.3%となっており、18歳以上では、「ひとりで暮らしている」が5.6%、「夫婦で暮らしている」が3.1%となっている。将来の生活の場の希望は「親と暮らしたい」「兄弟姉妹と暮らしたい」が合わせて38.5%となっている。「夫婦で暮らしたい」が12.9%、「グループホーム」が12.8%、「施設」が7.5%となっている。

また、親の会が実施した通所施設利用者の保護者や親の会である育成会会員に対するアンケート²⁾によると、274名の主に母親から得た回答によると、「兄弟姉妹に障害者の介護を期待するか」の問いには、70%以上の親が「あまり期待しない」「期待しない」と答えており、親は内心では兄弟姉妹の介護に期待したいと思ったとしても、長年、障害者の養育で苦労してきた経験を考えると、兄弟姉妹に期待することに躊躇するのだらうと分析している。

さらに、「高齢の障害者は、どこの生活場所が望ましいか」の問いには、「グループホーム」や「自宅」、「現在生活している場所」と回答した親が多く、親は「特別養護老人ホーム」や「病院」等の、生活環境が急変する場を好まないようだ³⁾と分析している。

加えて、障害とは関係なく、90%以上の親が子の老後に不安を感じており、その主な理由として「両親自身が高齢になり、障害者の世話が困難」「障害者のための老人ホームがない」をあげている。

(2) 不安の原因

障害を持つ子をもつ親は、わが子のことを心配し、その将来に不安を抱くのは、当然な感情である。それは、障害のない子供に対して多くの親が抱く感情と同様である。

しかし、知的障害の場合は、障害特性と共に親との関係性において、そ

の比重が大きくなる。

すなわち、知的障害とは物事の理解や判断に困難を有する障害であり、発達段階に発症する障害であるからである。

精神障害や認知症（高齢性認知障害）、発達障害支援法に規定された自閉症等の「発達障害」、高次脳機能障害と同様に、運動や視聴覚に困難があるのではなく、認知や判断に困難がある知的障害は、周囲からその困難さ（すなわち障害）が理解されにくく、加えて「見守り」等の独特な支援を必要とする。親は、この障害特性に翻弄されるとともに、支援の複雑さを実感し、自らの力への自信が時には過信となるのである。

発達期の障害（広義の発達障害 Developmental Disability）は様々な面で家族を巻き込む。「当事者」は子供自身だけでなく、兄弟姉妹を含めた家族全体となる。また、発達に変化は成長と共に複雑な問題も生じさせる。これらすべて、親は抱え込むのである、親子の関係が、心理的にも具体的な介助の面でも、適切な距離がたもてなくなるのは当然であろう。過保護や拒否的と評させる不適切な態度は、このことを意味する。

このようなさまざまな要因が、親をして「抱きかかえ」状態を生じさせ、それが、「親（自分）なき後」への不安と、その解消への取り組みへ導くのである。そして、不安を解消するために、子供との距離がさらに近くなり、「丸抱え」に至るのである⁴⁾。

2. 成年後見の必要性

また、長期にわたり、親子が一体となって維持してきた生活は、支援を受け取る「子」としてのアイデンティティと、支援を提供する「親」としてのそれに基づく、固定した役割分担によって成立している。そのため、親はケア提供者としての役割喪失を恐れ、他者に本人の支援を求め受けるという関係を築けなくなっていくことになる。こうなることで、伝わりにくい曖昧な本人の意思は見過ごされ、本人のニーズと親の希望が過剰に同一視されることで、親の本人に対するパターンリスティックなかかわりが

正当化されやすくなる。ニーズを親と本人、二者間で組み立て、了解していく過程が成立しにくく、親が一方的に本人のニーズを規定する(わかったつもりになる)危険性を抱えている⁵⁾。

確かに、現在の知的障害者に対する社会保障制度は、あまり整備されておらず、知的障害者が貧困に陥りやすく、ある面では、親の抱え込みはやむを得ない側面もある。しかし、親が子を抱え込む現状は、子供の立場から見て、問題がある。

そこで、「親離れ、子離れ」、つまり、親と本人各々の役割を代替・補完するサービスとして他者を家庭に入れることにより、家族関係の再構築(適度な距離感を見出す)が必要になる。親なき後を支えるために後見制度を活用することの意味は、ここにあるのである。

そして、家族関係の再構築には、家族が抱える問題を構成員ごとのそれに整理し、各々の確な支援をすることが肝要である。その際、構成員間の利益が相反する場合、後見人が行なっている支援が誰に対してのそれかが、あらためて問われるべきである。いうまでもなく、後見人は個人に対する権利擁護活動を担う者であり、もちろん構成員間の関係調整は必要ではあるが、最終的には被後見人である本人の「最善の利益」のために機能することが重要である。

親子の間には、支援する人・される人であるがゆえの利益相反関係が存在し、この葛藤を抱えた関係に後見人は介入することになる。二者が対等な関係性の中での対話を通じた合意形成をすることが可能になるように、後見人は本人の意思を代弁することを通し、軽視されてきた(あるいは、軽視されている)本人の声が正当に評価されるよう重みづけをする必要がある。

そのためには、後見人が寄り添うべき本人の意思を十分に理解していることが前提となるが、重要なことは単に意思決定の代理ではなく、対話による協働作業を通して、本人の意思を見出していくことにある。つまり、後見活動は、被後見人の伝えようとする姿勢と後見人の読み取ろうとする

姿勢の調和ですすめられるもの⁶⁾であり、本人の障害が重ければそれだけ、その意思を代弁・代行する割合や範囲が増加することは否めないが、たとえ後見の対応を必要とする被後見人であっても、本人自身のもてる力を見極め、本人の意思を形にするための応援団を組織していくことが真の権利擁護につながる。本人の意思を踏まえたうえで、目の前にある現在のことだけでなく、将来を見据えた後見計画を立てる必要がある⁷⁾。

第2章 成年後見制度の活用と問題点

1. 契約制度の出現と成年後見制度への期待

知的障害者の親の成年後見制度に対する反応は当初は、芳しいものではなかった。しかし、一気に期待が高まったのは、社会福祉基本構造改革にともなう契約制度の出現である。

つまり、親や家族が行政に依頼し、措置として与えられてきた福祉が、本人が選んで利用する福祉サービス契約へと転換され、それまで親や家族が一方的に決めていた福祉や生活を、知的障害者本人を主体とし、契約の主体とする制度に転換した⁸⁾。

この転換は、判断と利用（契約）に関して能力と責任があることを前提とした。そして、本人が成人に達している場合、契約の主体は親等の第三者でなく、利用者本人であることが明示される中で、理解や判断に困難を有する知的障害者の家族は当惑したのである。まさに、「親なきあと」の問題が、「親あるうち」に起こってきたのである。

「親なきあと」を支えるには、財産（所得保障）、人（成年後見）、場（行政による介護サービス）が不可欠であり、それを制度（法律・システムと財源）と理解（意識と態度）が可能にする。その中でも親は、「親（すなわち、自分）なき後」の問題は、自分（親）という人の不在・喪失を理解し、それゆえ自分に代わる人の存在を求めてきた。この社会化が、成年後見制度への期待感である。

2. 一般の成年後見と「親なき後」の成年後見の違い

身上監護について、一般の成年後見では、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、異議申立等に関する事項、医療に関する事項、教育・リハビリに関する事項及び、前記～等の各項目に関する契約の締結にとどまらず、「相手方の履行の監視（たとえば、施設入所後の施設内の処遇の監視・見守り）」といった事実行為を含み、これらを行う際に、本人の「心身の状態及び生活の状況」に配慮すべき義務を負い、また、それらの法律行為に関連する限り、異議申立等の公法上の行為を行う際にも当該義務を負うものと解され⁹⁾ているが、これでは、「親なき後」問題への対応として不十分である。

そこで、「親なき後」の成年後見において、どのような身上監護が必要であるかを検討するために、以下に、「親なき後」の成年後見と一般の成年後見の違いを身上監護の場面と財産管理の場面に分けて検討する。

まず、第一に、障害者に対する後見の性格上、ある意味では当然のことではあるが、対象者の年齢が相当広い範囲にわたっていることである。ここから生ずる支援の特徴は、まず長期にわたる支援が必要なケースが多いこと、それに伴い身上監護面の支援の内容が年齢とともに変化していき、財産支出の内容もこれに伴い種々の影響を受けてくることが予想される。したがって、将来を予想しながらの長期的な支援計画が求められる。

第二に、障害者の場合には、決して十分ではないが、高齢者に比べて、自分の意向を表示することができる者も多いため、読み取りにくい本人の意向を読み取りながら、本人の意思を尊重した後見活動が求められる。この意味で、成年後見人等による過度の介入には極力注意する必要がある。

第三に、能動的な後見活動が必要な場面があることである。種々の権利侵害を防止したり、被害回復を図る役割をもつことは当然であるが、それ以外に本人によりよい生活を創造するための活動が求められる場面もある。たとえば、本人の地域生活への移行に当たった適切な地域の受け皿が無かったため、本人の希望を尊重しながら本人名義のトレーラーハウスを設

置した例もある。つまり、「従前の生活を守ること」が多い高齢者後見とは異なり¹⁰⁾、障害者の場合は、今ある限られた財産を消費しつつ、より積極的に被成年後見人の幸福感を満たす、身上監護方法の決定が必要となる。第三者後見人は本人の「家族」としての経験はない。その意味では、本人の身上監護方法の決定は困難である。したがって、親族等と一定の期間の共同後見を行うことは、身上監護方法の決定にとっては、プラスとなる。

また、財産管理の場面では、第一に、障害者は、在宅で生活するケースが多く、そのため消費者被害等に巻き込まれる場合が多い。その場合には、事後的に返還請求を求めることや、また、今後の予防のための対策が必要になる。

第二に、「親なき後」の言葉からもわかるように両親等の死亡が契機になる場合が多く、相続の問題が生ずる場合が多い。

第三に、今後の長い生活を維持するために将来計画の中で、不動産売却を検討する場面も生ずる¹¹⁾。

「親なき後」の後見活動には、後見期間が長くかかる、本人のニーズがつかみにくい、本人に資力がない（場合が多い）、という特質があり¹²⁾、このような特質に対する制度的な手当てとして、については、成年後見人等の引継や法人後見の可能性、については成年後見人による身上監護、については、経費・報酬問題について検討する必要がある。

第3章 成年後見の長期化への対応

1. 成年後見人の引継と法人後見の必要性

まず、障害のある人の生活を重視すれば、親による「丸抱え」を防ぐために、親が親としての本来の役割以上に権限を持つことを避けなければならない。よって、親が成年後見人等になることは、親なき後問題の根本的解決にはならない。

したがって、第三者後見を考える必要があるが、第三者後見人の質が問題となる。本人の財産と活動内容に応じた適当な報酬の範囲内で、かつ、本当に信頼できる第三者を見つける必要がある。しかし、いくら信頼できる人を見つけたとしても、その人が本人よりも先に亡くなるなどして、後見業務を続けられなくなる可能性がある¹³⁾。

そこで、成年後見人の引継ぎについて検討する必要がある。

2. 成年後見人の交代

(1) 成年後見人等の選任・辞任制度の枠組み

家庭裁判所は、成年後見人等の辞任・解任・欠格事由が生じた結果、成年後見人等が欠けた場合（複数の成年後見人等が選任されていた場合には、必ずしもその必要性はない）には、成年後見人等を選任しなければならず（民法843条2項）、ここに成年後見人等の交代が生じる（成年後見等監督人については、成年後見人等が交代することにより、その必要性が消滅する場合もあるし、逆に、成年後見等監督人が必要となる場合もある）。また、家庭裁判所は、後見等開始の審判の際に、当該事例に最もふさわしいと考えられる者を選任したとしても、その状況は時の経過とともに変化するものであり、成年被後見人等、親族等、成年後見人等の相互の関係も変化する可能性を有しているし、問題点と考えられたものが解決したり、新たな問題点が生じる場合もある¹⁴⁾。

成年後見人（特に第三者後見人）等の辞任に関しては、前記のような要件が必要とされるが、なぜ第三者後見人等が選任されたのかを考えると、現時点で当該問題点が解決しているのであれば、いつまでも当該第三者後見人等が継続して後見等事務を続ける必要性はないばかりか、むしろ、他に問題点があればそれを解決するのにふさわしい第三者後見人等に引き継ぐことを考えるべきであり、（もちろん、一時的な問題であれば、当該第三者後見人等が他の専門家の力を借りるということで足りる）、第三者成年後見人等の必要性がなくなり、親族等にふさわしい者が見出せれば、

その者と交代することにも十分に合理性がある¹⁵⁾。

(2) 実務

弁護士の成年後見人が、法律家が必要な問題点をすべて解決するとともに、親族間の調整も済ませ、その後半年間ほど後見事務について信頼できる親族に教示した結果、後見事務を遂行することが十分にできるとして、家庭裁判所としてこれらの点について調査の上で成年後見人の交代を認めた事例がある。

また、補助の事例で、司法書士と社会福祉士が補助人となり、遺産分割を済ませ、家を新築するに際しての福祉的専門家としての助言等を終えて設計図等が完成し、被補助人の子供に補助人を交代して欲しいという申し出が補助人側になされ、補助人としてもそれなりの検討を加えた結果、被補助人の気持ちをくんで、辞任・選任の申し立てをし、家庭裁判所としても交代はやむを得ないとして認めた事例もある¹⁶⁾。

(3) 「親なき後」問題における成年後見人の交代

「親なき後」問題における成年後見の引継ぎにおいては、成年被後見人の個性とその周辺環境に理解のある人が交代することが望ましい。それまでの家族、それまでの成年後見人等が亡くなってしまった時に、突如、見ず知らずの第三者がやってきて成年後見人等に就任するというのでは、就任を依頼された第三者も困惑するであろうし、本人も困惑することになる¹⁷⁾。したがって、親族と第三者が複数で成年後見人等になることで、時間をかけて第三者へ引継ぎを行い、親なき後に備える¹⁸⁾というアイデアが「親なき後」問題における成年後見にはふさわしい。

また、共同・複数後見の選任は例外的であると考えのではなく、特に理由がない限り共同・複数後見を原則として、それが望めないという例外的な場合に後見監督人の選任や単独後見を考えるべきである¹⁹⁾。

(4) 法人後見の可能性

後見人が本人よりも先に亡くなるなどして、後見業務を続けられなくなることや補うもう一つの可能性が法人後見である。たしかに、「親なき後」

の後見は、各人の生活状況や財産状況によってさまざまなものがあり、また、多様なニーズに応えることができるようにするためには、後見等の事務に関して専門的な知識・能力・体制を備えた法人を成年後見等に選任した方が、適切で充実した後見等の事務を行える場合もある²⁰⁾。しかし、法人が後見人となる場合には、いくつかの留意点がある。

第一に、実際の担当者に専門家資格あるいは後見事務処理能力が必要とされることは、後見事務の質を担保するために当然ではあるが、さらに、他の担当者に事務処理を一任することのないよう、特別な事情がない限り同一担当者が後見事務を遂行していく体制となっていることが求められる。第二に、法人後見に特有の問題として、いわゆる「顔」が見えないことが、本人との間に信頼関係を構築するうえで支障とならないために、信頼関係の構築と情報の一元化のために継続して同一の担当者が事務を遂行するなど、「顔がみえる」体制が工夫されている必要がある。第三に、成年後見事務においては、本人の心身の状況、親族関係、財産状況など、広範で重要かつセンシティブな情報を取り扱うこととなるため、受任する法人においては、個人情報の保護に対する手当てがされていなければならない。とくに、個人情報の保護に関する法律23条に規定される第三者提供の制限に抵触することのないような体制が必要となる。第四に、報酬の予見が不確実な制度上の課題や法定後見報酬の低額性に加えて、公的な資金によって対応されるべき低所得者層への後見事務の提供を、法人後見受任団体が受け皿となって行なっている事情もあり、大半の法人後見受任団体は財政的に非常に厳しい状況にあるため、しっかりとした財政基盤が必要になる²¹⁾。

したがって、法人後見において重要なことは、同一担当者によって後見事務を行うことであり、担当者の交代には、一定の期間、引継ぐ担当者と引継がせる担当者が共に後見事務を行い、被後見人とある程度の信頼関係を築いた上で、引継ぐといった考慮が必要である。

第4章 身上監護への対応

1. 社会的サポートの現実

本人は、親なき後の親に代わる直接的なケア提供者を何よりも求めている。しかし、後見制度は事実行為を後見人の役割と位置づけてはいないため、本人の希望を確認しながら、そのケア提供者を別途オーダーすることになる。もし事実行為に類することを後見人が行なったとしても、それは後見活動の「目的」にはなく、本人の意思を探るために時間・空間を共有する「手段」である。

後見人は、本人の声を丁寧に聴き、それを実現するための計画を、具体的に立てていく協働作業を行い、本人とともに、本人の視点で、本人の意向に沿った支援が提供されているか否かを、見極めることが役割になってくる。

実際の事実行為を提供するのは、社会福祉をはじめとした制度、サービスや社会福祉士等専門職やボランティアといった社会資源であるが、それらが不足していることにより、本人の周りで本人のことをよく知っている者が事実上、後見人しかいなくなるため、後見人が代行をせざるを得ない状況があることは否めない。

また、多くのサービスを利用する場合には生活の全体性や継続性を視野に入れた各サービスの配置が必要になるが²²⁾、たとえば、数多くある福祉サービスの中から、その人に適しておりかつ必要なサービスを選択し、さらに選択した福祉サービスをどれだけ利用するかといったマネジメントを本人やその家族にのみ求めるのは酷である。現状では、サービス利用契約に付随する後見人の身上監護（配慮）として、ケアマネジメントを担わざるを得ない実態がある。

サービス開始後についても、本人の意向を踏まえたサービスが適切に提供されているかモニタリングが必要になってくる。被後見人や家族、事業

者とコミュニケーションを定期的に図り、実状を把握する努力をすることは重要である。場合によっては、苦情申立てやサービス内容、ひいては事業者の変更等手続きの代行が求められる。

今後は、地域のもてる社会資源を活用、あるいは不足しているそれを開発していくために、地域の福祉事務所や障害者地域生活支援センター、社会福祉協議会、保健所、通所施設等に呼びかけ、ケースカンファレンスの開催を促していくことも、専門職後見人の重要な役割となる²³⁾。

2. 医療の実態

障害者の親族が親のみであった場合、後見人として、親と専門職が選任され、その後、親が死亡すると、親族はいなくなるため、後見人以外に、障害者に対する医療行為について同意をするものがいなくなるという事態が生じる。

ここに、「親なき後」問題における医療同意権の問題が生じる。

(1) 医療同意権の問題点

成年被後見人の診療について、成年後見人が医療契約を締結すると、医療側によって、診察、検査、手術など諸種の医療行為が行われる。しかし、これら医療行為は、多かれ、少なかれ、生体に関する医的侵襲であるので、これが適法となるには、患者の生命または健康に対する害悪発生の緊急のおそれの存するとき等特別の場合を除いて、患者の同意が必要である²⁴⁾。なぜなら、この医的侵襲に対する同意は、一般に違法性阻却事由としての意味をもつとされ、同意なき医的侵襲行為は、刑法上は、傷害罪（刑法第204条）を構成し、民法上は、不法行為（民法第709条）等を構成する。したがって、たとえ本人に判断能力がない場合でも、本人が医的侵襲行為について承諾をしない限り、原則として医的侵襲行為を行うことはできない。

さらに、判例では、この患者の同意は患者自身が医的侵襲を受け入れ、生命や身体に対する危険を引き受けるかどうかの決定であって、法律行為としての医療契約の締結とは性質を異にするものであるから、医療契約の

締結とは別に、診療の過程でとられる個々の医療行為ごとに与えられなければならない²⁵⁾。また、この承諾は、ただ形式的に存在していればよいというものではなく、医師としては、患者が自らの判断で医療行為の諾否を決定することができるよう、病状、実施予定の医療行為とその内容、予想される危険性、代替可能な他の治療行為等を患者に説明する義務があり、この説明義務に反してなされた承諾は適法な承諾とはいえず、患者の適法な承諾がない限り、医師側としては、債務不履行もしくは不法行為責任を免れない²⁶⁾。もっとも、緊急時には、刑法上は、緊急避難（刑法第37条）、民法上は、緊急事務管理（民法第698条）の規定により免責される²⁷⁾。

また、軽微な医療行為については、個別の同意を得なくとも当然に予想されるものとして正当化される。たとえば、東京地裁昭和46年5月19日の判決では、「もっとも、比較的軽微な手術であって、身体の損傷や肉体的苦痛が通常ほど重大でない場合については、手術に関する承諾が当該治療の申込に包含されてこれと同時になされたと解すべき場合が少なくないと考えられるから、医師は、手術にあたり、手術の軽重に関わりなく常に患者の承諾の有無をあらためて確認しなければならないというものでもない。」と判示している。

（2）親と医療同意権

しかし、本人に判断能力がない場合でも、医療の現場では家族が同意すれば医的侵襲行為は行えるという運用がなされている。日本医師会生命倫理想談会によると、説明を受けて同意するだけの判断能力がない場合は「患者に代わって同意するのに最も適当な最近親者、例えば配偶者、父母などに説明をして、本人に代わって同意を求めることになる」²⁸⁾としている。

また、「医師には、医療行為を実施するにあたり、その見込まれる結果について、説明し、承諾を得る義務があるが、「説明義務の範囲ないし程度は、具体的事情によって異なることは当然であって、侵襲や危険性の程度が小であるとき、緊急事態で説明したり承諾を求めたりする余地がない

とき、説明によって患者に悪影響を及ぼし又は医療上悪影響をもたらすときなどは説明を省略し又は可能な程度で説明することで足りると解されるし、患者本人でなくその家族に対する説明とその承諾で足りる場合もあると解するのが相当である²⁹⁾と判示し、一定の範囲の親族が同意した場合には、違法性がないとしている。

(3) 成年後見と医療同意権

成年後見人には本人のために医療契約を締結する権限が与えられ、医療の履行を監視する義務が存し、さらに精神保健福祉法では保護者とされ(同法20条)、医療保護入院の同意権(同法33条1項)、治療を受けさせる義務(同法22条)などが定められている。しかしながら、現行法上、成年後見人が行わなければならないのは、成年被後見人の介護に対する手配と見守りまでであり、医療行為の同意権はないものと解するのが通説である³⁰⁾。

この点について法務省民事局参事官室は、「成年後見の場面における医的侵襲に関する決定・同意という問題は、一時的に意識を失った患者又は未成年等に対する医的侵襲に関する同意・決定と共通する問題であるところ、それら一般の場合における決定・同意権者、決定・同意の根拠・限界等について社会一般のコンセンサスが得られているとは到底いい難い現状の下で、本人の自己決定及び基本的人権との抵触等の問題についての検討も未解決のまま、今回の民法改正に際して成年後見の場面についてのみ医的侵襲に関する決定権・同意権に関する規定を導入することは、時期尚早といわざるを得ないものと考えられる。」³¹⁾としている。

すなわち、成年被後見人に治療が必要となった場合、成年後見人は医療機関と医療契約を締結することはできるが、この履行として実施される具体的な医的侵襲行為(注射、手術等)については、直接には干渉できないとしている³²⁾。

この現状を鑑みて大阪弁護士協同組合は、「必要に応じて成年後見人が医療行為に同意することもありうる」³³⁾とし、また、千葉家庭裁判所の

「成年後見人のしおり」では、「親族がいない場合、親族からの協力が得られない場合、緊急を要する場合、病院が特に求める場合には、救命に必要な医療措置として手術や治療への同意を求められたならば、後見人がその権限に基づいて、同意したり、同意書を書くことは差し支えないと考えられます³⁴⁾」としている。

これらはいずれも、同意能力がなく、かつ家族もいない者に対する医療行為をいかにして可能とするかを考えた場合、成年後見人がその職務を行うものとしてふさわしいとしたものである。しかし、上記2例は、その法的根拠については何ら示されておらず、また、被後見人に同意能力がなく、かつ家族がいないという条件の下で、全面的に後見人に同意権を認めることは、例えば、成功率30パーセントの手術の同意に際して、上記2要件を満たせば、成年後見人独自の判断で決定することができることになり、成年後見人に大きすぎる権限を与えることになる。そこで、成年後見人の医療同意権の有無、範囲について、多くの学説が主張されている。

(4) 医療同意権の有無をめぐる学説の到達点

() 成年後見人の医療同意権を否定する見解

この説は前述の通り、法務省民事局参事官室の考えであり、成年後見人の医療同意権を明確に否定する。この立場では、仮に医療機関側から成年後見人に対する医的侵襲行為への同意を求められたとしても、成年後見人にはこれに応じる義務も権限もなく、成年後見による同意は、私法上は何ら意義を有しないとす³⁵⁾。その上で、同意能力なき成年被後見人に対する医療同意の問題は特別な立法を欠く現状では、社会通念のほか、緊急避難、緊急事務管理等の一般法理を援用して対処すべきとしている。治療の緊急性が高い場合には、緊急避難や緊急事務管理の法理を、一般的治療行為については、主に患者の推定的承諾（推定的同意）の法理（被害者の現実的の同意が存在しない場合であっても、推定される被害者の意思に合致する行為については、その法律上の責任を免責するという法理）を援用することで、それぞれ治療の正当化が図られるということになる³⁶⁾。つまり、

当該行為に対する事後的評価として、その違法性ないし責任阻却をすれば足りるとする説である³⁷⁾。

() 成年後見人の医療同意権を肯定する見解

医療同意権を成年後見人に認める多くの説に共通していることは、本人に判断能力がないことを前提に、軽微な医療行為については、成年後見人の医療同意権を認めてもよいとしている点である。しかし、その根拠の違いから、医療同意権の範囲について、それぞれ違いが生じている。

能見・川井説³⁸⁾、赤沼説³⁹⁾では、その根拠を治療・手術の意味を民法858条の身上配慮義務に求めるため、現行法では、その範囲を全面的に医療同意権が認められるとするが、立法論として重大な治療に対しては裁判所(赤沼説は裁判所以外の審査機関とする)の許可を要件とする。床谷説⁴⁰⁾では、その根拠を客観的必要性に求めるため、その範囲を通常人であれば医師の治療を受ける必要があると判断すると考えられる範囲としている。さらに、須永説⁴¹⁾では、臓器の摘出、生命維持装置の撤去は成年後見人の医療同意権の範囲外であるとする。また、不妊治療については、例外的に許容されるにすぎないとする⁴²⁾。

医療同意権を成年後見人に認める説の中で、医療行為について、最も具体的に述べている上山説を以下に取り上げる。

上山説では、「本人の同意能力(判断能力)の有無」、「本人の意思への違背の有無」、「医的侵襲行為の危険性の程度」という三つの視点に基づく一定の制約を課したうえで、成年後見人の医療同意権を限定的に肯定すべきとしている。この説では、まず、「利用者が同意能力を欠く状態にある」ことを絶対条件とする。その上で成年後見人は本人意思尊重義務(民法858)に基づき、本人のありうべき意思を推測しつつ、適切な医療を選択すべきであるとする。さらに、「医的侵襲行為の危険性の程度」については、成年後見人の医療同意権の範囲を本人への侵害の程度の小さい(危険性の低い)医的侵襲行為に限定すべきであるとする。具体的には「病的症状の医学的解明に必要な最小限の医的侵襲行為(触診、レントゲ

ン検査、血液検査等）」と 「当該診療契約から当然に予測される、危険性の少ない軽微な身体的侵襲（熱さましの注射、一般的な投薬、骨折の治療、傷の縫合等）」に関しては、医療契約締結に関する代理権を持つ成年後見人等の医療同意権を肯定してよいと考える。また、当該行為が本人の推定的意思に合致するか、あるいは少なくともこれに反しない場合には、

「健康診断及び各種検診（ただし、重大な手術に匹敵するような危険性のある検査は除く）」と 「各種予防接種の受診」についても医療同意権を認めてよいとする⁴³⁾。ただし、「重大な医的侵襲行為」の実施に関しては、ドイツ世話法と同様、裁判所の許可等のセーフティー・ガードを導入すべき⁴⁴⁾とする。

以上、成年後見人の医療同意権の可否について検討してきた。しかし、現行制度の下では、比較的軽微な医療行為に対しては、解釈により、後見人に医療同意権を付与することは可能ではあるが、重大な医療行為について医療同意権を付与することは難しいといわざるを得ない。しかし、実際、軽微なものではなく、重大な医療行為であるがゆえに、同意が得られず、医療行為が行えないという事態が生じやすく、その点の対策こそが重要であるといえる⁴⁵⁾。私見によれば、この点について、後述の「後見プラン」に医療行為を含めることによって対応できると考える。

3. 安心のための「後見プラン」

(1) 「後見プラン」とは

しかし、これらの判断を後見人一人ですていくのは、後見人に大きな負担を強いることになる。したがって、本人の人生を積極的に支援するには、次のような仕組みが有効と考える。

成年後見人等が本人の「最善の利益」を見出すためには、必要に応じて、さまざまな専門家、たとえば福祉に関しては社会福祉士等、医療に関しては、医師、介護士等、法律に関しては、弁護士、司法書士等、さらに地域の社会資源を利用し、協議によって「後見プラン」を立てる⁴⁶⁾ 必要があ

る。

「後見プラン」とは、親がいるうちに、本人の意向と親の希望を文章化し、その意向と希望をもとに、生前に親が決めていた事項を親が亡くなった後に誰が決めるのかといった親の役割をそれぞれの専門家に引き継ぐための遺言のようなものである。「後見プラン」を作成することで、親は自分が居なくなったあとも、自分がいた時と同じように子供が、子供の意向を尊重した生活を送ることができるということが確認できるため、安心することができる。

具体的には、何をするのが好きか嫌い、何をしたいかといった、何を生きがいにしているのかといった本人の意向と、親が亡くなった後に、施設に入所させて欲しいといった希望やどのような介護サービスを受けてどのような生活を送って欲しいという親の希望を文章化し、実際に親がなくなった後に、財産管理は後見人たる法律職専門家に頼み、親が望む介護を実現するためにどのような介護サービスを使うのかを決める役割を現在介護をしている介護士に頼むといった生前親がしていた役割をそれぞれの専門家に振り分ける計画である。

また、親の死後、本人の状況や環境の変化によって、変更を余儀なくされる場合が想定されるが、その変更には、後見人を中心として、本人の生活に関わる者の協議が必要とし、さらに、協議を必要とするのは、本人の生活に重要な変化をもたらす場合に限定し、日常生活の多くは本人の希望に委ねることで足りる。そうすることで、生前の親の意向を維持することができる。

(2) 「親なき後」の成年後見の形

また、私見によれば、「親なき後」の成年後見については、弁護士、司法書士といった法律職専門家が成年後見人になるのが望ましいと考える。なぜなら、上記示したように、「親なき後」の成年後見には、多くの法律的問題が生じる可能性が、一般の成年後見に比べて高いからである。さらに、「親なき後」の成年後見においては、その親が子供のために一定の財

産を残しているケースが多く、また、長期間の後見が必要になる「親なき後」においては、本人の希望は実現したが、財産がなくなってしまったという自体は避けなければならない。したがって、財産計画を中心に「後見プラン」を作成する必要があるため、法律職専門家が後見人となり、その中心となって、各専門家の意見を聞き、その上で、どこまでであれば実現できるか、できないかといったことを判断し、選び取っていく必要がある。

また、私見によれば、「親なき後」の成年後見においては、法律職専門家と親族が後見人に就任する複数後見が望ましいと考える。なぜなら、親はケア提供者としての役割喪失を恐れているが、成年後見人に法律職専門家と親族が就任することで、親族は一定の役割を維持することができ（しかし、親族後見と異なり、親族と本人に一定の距離を作ることができる）、役割喪失を回避することができるため、抵抗も少ないと考えるからである。さらに、親が後見人となり、法律職専門家が後見監督人になるという形も考えられるが、「親なき後」の成年後見では、親から法律職専門家に受け継ぐ必要があるため、親が死亡した時点で、本人と法律職専門家に一定の関係性がなければならない。したがって、後見監督人では、役割として後見人たる親を監督することに限られるため、親との関係は築くことはできるが、どうしても本人と関係性を築くことは難しいと考えられる。よって、法律職専門家と親族が後見人に就任する複数後見が望ましい。

したがって、法律職専門家及び親族が後見人となった場合について、「後見プラン」作成ために、後見人に就任した（就任する予定の）法律職専門家はどのような点を考慮する必要があるのかを示したうえで、「後見プラン」によって、決めておく項目を具体的に挙げる。

（） 親族からの意見聴取

当然、本人のことを一番よく知っているのは、親族であり、親族から意見を聞くのは必須である。その際、まず、親族に対して、後見制度を利用するのであれば、本人の生い立ちや病歴、さらには、本人の日頃の考え方、たとえば、好きなこと、嫌いなこと、好きな食べ物、嫌いな食べ物、何を

することを希望しているか、趣味など、を聞く必要がある。

さらに、親族はどの類型を求めているのか、法律職専門家に何をして欲しいのか、といった親族の意向も聞いておく必要がある。

また、法律職専門家が後見人になる場合、成年後見の申立ての書面を作成するのは、法律職専門家になる場合が多い。そうすると、本人に面会し、その状況を確認し、その上で、成年被後見人が補助・保佐・後見のどの類型に当たるのかを判断し、後見類型であれば、本人にどのような財産があり、将来的に(親が亡くなった時)、どれぐらいの財産を相続するのかといった財産の調査に加えて、本人の収入がどれだけで支出がどれだけであるかといった収支を調査する必要がある。保佐類型であれば、同意権を拡大する必要があるか、どの代理権を付与する必要があるかを考え、財産の管理に関して代理権を付与するのであれば、後見類型と同様、本人の財産と収支を調べる必要がある。補助類型であれば、被補助人のために、どの同意権又は代理権を付与するのが良いかを考え、財産の管理に関して代理権を付与するのであれば、後見類型と同様、本人の財産と収支を調べる必要がある。

() 福祉職専門職からの意見聴取

親族からのみの意見聴取ではどうしても、主観的になってしまうため、医師、介護士、社会福祉士といった福祉職専門家にも意見を聞く必要がある。また、書類を作成する上で、福祉職専門家との連携は必須である。まず、後見等申立ての必要書類として、主治医の診断書が必要になるため、その依頼をしなければならない。また、どの類型に当たるのかを判断するために、本人を介護している介護士、本人の相談に応じている社会福祉士に、本人の様子などを聞き取る必要がある。その際、当然親族にも、話を聞くことになる。また、保佐・補助類型の場合、同意権の拡大または代理権の付与を考える必要があり、その際、介護士、社会福祉士、親族に、それぞれの意見を聞き、集約した上で、本人にとって最も良い形を選び取っていく必要がある。

（）「後見プラン」の作成

「後見プラン」の作成において、前述の通り、財産管理は成年後見人がすることを前提として、本人について生じうる身上監護に関する行為を親がなくなった後に、誰が決めるのかということを一定程度具体的に決める必要がある。したがって、その前提として、本人に対してどのような身上監護の必要性があるのかを以下に示す。

「身上監護研究会」平成19年度報告書⁴⁷⁾によると、大きく分けて日常生活の維持に関する事項、住宅関係（修繕、冷暖房、家財の整理、賃貸借契約等）、福祉・介護サービスの利用（リハビリ含む）、福祉施設等での生活、医療に関する事項、教育、就労、余暇活動等、に分けられ、また、それぞれについて実際に行われる考えられる法律行為またはそれに付随する事実行為を具体的な項目として列挙している。

(1) 日常生活の維持に関する事項

住民登録 年金・手当 公的医療保険制度 介護保険制度
各種手帳制度 障害者自立支援法 生活保護 税務申告
その他の公法上の行為 ⑩ 電気・ガス・水道の契約・解除 ⑪ 生活用品の購入・解約 ⑫ NHK・電話会社・インターネットプロバイダー等との契約・解除 ⑬ 生活保険・損害保険等の契約・解除 ⑭ 警備会社との契約・解除
⑮ 通帳預かり ⑯ 日常生活費の受け渡し ⑰ 日常生活費の管理 ⑱ 郵便物の開披、転送依頼 ⑲ 管理業者への依頼 ⑳ 食事確保 ㉑ 移動確保
㉒ 大掃除、庭の手入れ、ゴミ出し等 ㉓ 緊急時連絡網など連絡体制の確保
(, ㉑, ㉒)に関しては、成年後見人の直接の職務ではなく、第三者に委任することが多い。)

(2) 住宅関係

本人、家族等の希望の把握 情報収集 内見（下見）による確認
契約内容の確認 契約物件の決定、契約手続 必要性の検討
介護保険制度、保健福祉サービス等の活用検討 契約内容の確認、査定依頼
業者選定、工事の依頼 ⑩ 工事中の本人居所の確保 ⑪ 工事への立会い ⑫ 使用方法の伝達 ⑬ 家賃支払い・費用支払い契 ⑭ 約内容に

関する相談,改善申入れ,苦情申立て ⑮ 契約の解消・変更・終了 ⑯ 鍵の管理に関する監督,合鍵の保管

(3) 福祉・介護サービスの利用

福祉・介護サービス制度についての相談 本人,親族,介護者との相談・方針検討 事業者等についての情報収集・調査 契約書・重要事項説明書の確認,調整 居宅介護支援事業所の決定 サービス提供事業者の決定 ケアプランの確認,評価 サービス提供責任者,ケアマネージャー等との連絡調整 費用支払い ⑩ 支援方針や処遇に関する相談,改善申入れ,苦情申立て ⑪ オンブズマン,国保連,消費生活センター,自治体等への苦情申立て ⑫ 契約の解消・変更・終了

(4) 福祉施設等での生活

本人,親族,介護者との相談・方針検討 現住居の処分等に関する方針検討・決定 入居施設についての情報収集・調査 見学,体験入所 契約書,重要事項説明書の確認,調整 入所施設の決定,入所申込み 入居準備の手配,留守在宅管理 施設サービス計画の確認 訪問等によるサービス提供状況の確認,担当者との連絡調整 ⑩ 支援方針や処遇に関する相談,交渉,改善申入れ,苦情申立て ⑪ 契約の解消・変更・終了

(5) 医療に関する事項

健康診断機関に関する情報収集 健康診断の受診機関の決定,受診手続 受診結果の把握(医師からの説明) 費用支払い 介護者等への医師等からの指示伝達 受診機関に関する情報収集 医療契約の受診機関の決定,受診手続 医療契約の決定,受診手続 リスク,他治療法,副作用等の確認 ⑩ 治療方針,方法等の本人・家族等への確認・調整 ⑪ 費用支払い ⑫ 介護者等へ医者等からの指示伝達,入院機関の決定,入院手続 ⑬ 入院準備の手配,留守在宅管理 ⑭ 緊急連絡先の確保精 ⑮ 神保健指定医による診断結果の確認 ⑯ 被後見人等の状況把握 ⑰ 家族,親族等の関係者との調整医療保護入院の同意 ⑱ 治療方針や処理の相談,改善申入れ,苦情申立て ⑲ 転院・退院手続 ⑳ 予防接種への同意 ㉑ 最小限の医的侵襲行為への同意 ㉒ その他の医療行為への同意

(6) 教育，就労，余暇活動等

進路相談（本人，家族等の意向確認，調整） 学校・企業の情報収集
入学，就職先の決定，契約手続 被後見人の嗜好，趣味活動経験等の
情報収集 対象となる活動に関する情報収集 見学，体験 購入
先（契約先）の決定，購入（利用申込み） 契約履行状況の確認 費
用支払い ⑩ 処遇に関する相談，環境改善の申入れ，苦情申立て ⑪ オン
ブズマン，消費生活センター，自治体等への苦情申立て ⑫ 契約解消・終了
手続

これらの各項目を上記関係者の意見を集約し，親が亡くなった後に誰が
きめるのかを決めることによって，「後見プラン」を作成する。

また，医療同意権について，上記述べた通り，一般的に成年後見人には
認められていない。しかし，医療同意権についても，親が亡くなった後に
誰が判断するのかということは，身上監護にとって重要であるため，医療
に関する事項として，医療同意権を挙げた。

「後見プラン」を作成する段階において，本人に必要となりうる医療行
為を想定し，あらかじめ本人の意見を聞き，「後見プラン」に記載してお
くべきであると考ええる。しかし，すべての医療行為を想定することができ
るわけではない。したがって，想定外の医療行為を誰かが判断する必要が
生じる。ただし，医療行為に対する同意は本人にとって，生死をも左右し
かねない重要な事項であるため，成年後見人一人に判断を委ねるのは妥当
ではない。そのため，想定していた医療行為以外の事項については，成年
後見人一人だけでなく，本人にかかわる数人，例えば，看護師，ソーシャ
ルワーカー，介護福祉士，社会福祉士を構成員とする合議体を構成し，当
該医療行為を行うに当たって，会議を開き，そこで，当該医療行為の成年
被後見人に対する施術の是非を決定するものとすべきと考える。

第5章 資力，報酬問題への対応

1. 資力問題への対応

親なき後問題を抱える親は，資産状況から，資産保有型（既に多額の資産を保有している），貯蓄必要型（資産を保有していないため，これから貯蓄する必要がある）に大別される。

(1) 資産を保有している場合

資産保有型の場合，資産承継の円滑化と承継後の財産管理方法が主たる課題となる。

資産承継は「遺言」，承継後の財産管理は「成年後見制度」を利用することで解決できることが多い。しかし，親が「自宅不動産はケアホームとして利用しながら子供は住ませたい。子供が死亡した後は，ケアホームとして子供の仲間に使ってもらいたいのので，社会福祉法人に寄付したい」と考えている場合，遺言で，子供に相続させ，子供死亡後の承継先を社会福祉法人とする「後継ぎ遺贈」をしても，この遺言は無効である⁴⁸⁾とされる。このように遺言と成年後見制度の併用だけでは，親の希望を叶えることはできない場合がある。そこで，信託の利用が必要になる⁴⁹⁾。親は子の生活支援を目的として，自己を委託者兼第1受益者，子を第2受益者とし，社会福祉法人を信託財産の帰属権利者として定めて信託を設定することで，親が亡くなった後は，信託財産が子に移転し，その後，子が亡くなった後は，社会福祉法人に移転することが実現可能となる。

また，信託の設定と同時に，承継後の財産管理及び身上監護の支援ができるよう子供のために法定後見制度を利用する⁵⁰⁾。ここでいう法定後見とは，前述の通り，「後見プラン」を基本に，後見人を中心とした成年後見である。信託と成年後見制度を利用すれば，親の希望を実現することが可能となる。

（2）資産を保有していない場合

一方、貯蓄必要型の場合では、文字通り、障害を持つ子供のために少しずつ貯蓄し、死亡時に承継させ、承継後の財産管理を成年後見人に託す方法がある。しかし、親が身を削って貯蓄しても限界はあり、子供の障害生活費の額を考えるだけでも不安になってしまう。

そこで、保険の利用が有用である⁵¹⁾。

まず、独立行政法人福祉医療機構法に規定する心身障害者扶養共済制度がある。この制度は、障害のある者を扶養している保護者が、自らの生存中に毎月一定の掛金を納めることにより、保護者に万一（死亡・重度障害）のことがあったとき、障害のある人に終身にわたり、一定額の年金を支給する制度であり、都道府県・指定都市が条例に基づき実施されている。

口数単位で加入することができ、障害のある人1人につき2口まで加入することができる。

掛金は加入者の年齢により変化し、一口につき、9,300円から23,300円まで、年齢が低いほど安く、年齢が高くなるにつれて高くなる。そして、加入日から20年経過した後は、それ以後の支払いは不要となる。

支給される額は、一口につき月額2万円（年額24万円）となり、2口加入した場合、月額4万円（年額48万円）となる。

加入できる保護者の要件としては、障害のある人を現に扶養している保護者であり、加入する都道府県・指定都市内に住所があること、加入時の年度の4月1日時点の年齢が満65歳未満であること、特別の疾病又は障害がなく、生命保険契約の対象となる健康状態であることである。

加入できる障害のある者の範囲は、知的障害、身体障害者手帳を所持し、その障害が1級から3級までに該当する障害、精神または身体に永続的な障害のある人（精神病、脳性麻痺、進行性筋萎縮症、自閉症、血友病など）で、その障害の程度が または の者と同程度と認められるもの、である。

また、掛金の全額が所得税および地方税の対象となる所得から控除され、

受け取った年金・甲慰金に対して、所得税がかかることはなく、年金を受ける権利は、相続税・贈与税の対象とはならない⁵²⁾。

しかし、この共済制度にも掛金の上限があり、十分な生活の支えとはならない。

(3) パーソナル・トラスト

もうひとつの制度として、パーソナル・トラストがある。これは、生命保険の持つ「財産創出機能」と信託の持つ「財産管理機能」を組み合わせた生命保険信託である。保険契約者が委託者（被保険者）となり、受託者（信託銀行）に対し、生命保険金債権を信託し、保険事故発生により、受託者は生命保険株式会社から保険金の支払いを受ける。受託者は死亡保険金の財産管理を行いながら、受益者に対し信託契約の内容に従って財産を交付する。これにより、障害を持つ子供の生活支援が可能となる⁵³⁾。

しかし、現在、業として受託し得るのは、信託銀行と免許・登録を受けた信託銀行に限られ、公益法人は受託者となりえない。また、司法書士も業としては、信託者となることはできない。受託者あってはじめて信託財産の管理運用が可能となるのであり、その担い手は重要である。

しかし、信託銀行の受託可能財産には制限があることや信託銀行の偏在性などから、その利用者は限定されてしまう。このような現状において、信託の転換機能を生かした財産管理を行うためには、福祉型信託の受託者として親族を選任する形が考えられる。

親族を受託者とすることについては、財産管理能力の問題等から否定的にも考えられるが、事案によっては肯定的に考えることも可能であると思われる。

しかし、注意しなければならない点がある。

まず、受託者に対し、受託者の義務（信託の本旨に従って信託事務を処理する義務・善管注意義務・分別管理義務等）を理解できるよう説明しなければならない。

つぎに、受託者は、信託財産と固有財産、他の信託財産とを所定の方法

により分別して管理しなければならない。受託者に分別管理機能が課せられる理由として、一義的には、受託者の倒産から信託財産を隔絶する必要があるからである。

不動産については、登記を経由して分別管理をすることも、預金についてはどのようにして分別管理すべきか。現在の銀行実務では、「信託財産 受託者」という口座開設はできず、単に受託者名義の預金口座で管理せざるを得ない。

受託者名義の口座が信託財産であることを明らかにするためにも、信託契約書において、「受託者は、本件信託財産たる金銭を預金保険制度の対象金融機関の決済性預金である受託者名義の下記口座に預け入れて管理するものとする。」などと特定しておくなどの工夫が必要である⁵⁴⁾。

さらに、信託には倒産隔離機能があるため、信託財産は委託者の債権者からも受託者の債権者からも侵害されることはない。しかし、受託者が万一使い込んでしまった場合、回復不可能となってしまう。親族を受託者とする場合、そのリスクは信託銀行や信託会社が受託者となる場合に比して高くなってしまう。

したがって、親族が受託者となる場合、受益者の不正・財産管理におけるミスから受益者を保護するために、法律専門家が信託監督人や受益者代理人の立場で受託者を監督することが必要⁵⁵⁾である。

2. 報酬問題への対応

(1) 現行制度の概要

旧民法は、フランス民法にならって後見人に報酬を付与することを禁止したが、明治民法は、親族会が後見人・被後見人の資力その他の事情によって与えることができるとした⁵⁶⁾(民旧925条)。現行法は、「家庭裁判所は、後見人及び被後見人の資力その他の事情によって、被後見人の財産の中から、相当な報酬を後見人に与えることができる」(民法862条)としている。そして、現行法では後見人に報酬付与請求権はない。これは後見

人に報酬を与えないということを前提として、家庭裁判所が事情によって、審判により与えるという意味⁵⁷⁾である。後見事務の遂行は、公益的あるいは社会福祉的な意味が強いとの考えから、無償であるのが原則とみるべきとの考えである⁵⁸⁾。

しかし、民法862条は、時間的・労力的にかなりの負担を負う後見事務を執行する後見人に対して、相当の報酬を支払うのがむしろ妥当な場合に基づいて設けられている趣旨もある⁵⁹⁾。特に成年後見においては、弁護士、司法書士、社会福祉士等の専門家が後見人となり、その専門的能力を活用して後見事務を行う場合が増加している現在においては、成年後見制度利用支援事業を利用の対象となる財産がほとんどないような場合を除いて、可能な限り報酬が付与されるように本条を柔軟に運用することが求められる⁶⁰⁾。もっとも、これは後見人の当然の権利ではなく、家庭裁判所が諸般の事情を判断して報酬を与えるという裁判所の裁量的なものにすぎないという意味である。考慮される事項としては、後見人および被後見人の資力、両者の近親関係の有無・職業・社会的地位・後見事務の難易繁閉等の事情がある⁶¹⁾。

報酬は、後見人が報酬付与審判の申立を行なって、家庭裁判所が報酬を与えるか否か、報酬を与える場合の報酬額を審判によって決定する。この申立は、後見人の就職中または任務終了後⁶²⁾であり、特に申立時期に関する制限はなく、基本的に1年分程度の仕事についてまとめて後払いのかたちで支払われている。これは、報酬は後見人が実質的に行なった事務処理の日数に対して支払われ、報酬の付与の是非および額の決定は、後見人の行なった事務に対してなされるのが本則であり、将来にわたっての報酬支払いの申立は認められないとされている。報酬は、原則として後払いではあるが、後見事務が定型的な事務だけとなっているような場合には、定期的に月額報酬を付与することにも合理性があるとの解釈から、実務上は、月額報酬付与を決定した審判例も出ている⁶³⁾。

（2）報酬助成

報酬額の基準は明確ではなく、本人の財産に応じて家庭裁判所の裁量によって決定されるため、同じような後見事務を行なったにもかかわらず裁判官によって報酬額に違いがある。

また、本人の資力に応じて報酬額が決定されるため、本人に資産がない場合には、当然、報酬が支払われないということが生じうる。資力のない人の経済的負担を軽減する制度として、成年後見制度利用支援事業がある。事業内容として、成年後見制度利用促進のための広報・普及活動の実施、成年後見制度の利用にかかる経費に対する助成があり、費用負担が困難な被後見人に対し、後見人等の報酬として在宅者で月額28,000円、施設等の入所の場合で18,000円を助成するとされている。

実施状況として、平成20年4月時点で560市町村（全市町村の31%）が行っているのみで、経費の大半が研修や事務費等の支出にとどまっており、後見人等の報酬まで援助している例はごくわずかにとどまっている。

この成年後見利用支援事業の対象者としては、生活保護受給者及び資産及び収入等の状況から生活保護受給者に準じると認められる者であり、事業開始時は「市町村長による後見等の開始の審判請求」のみに限定されていたが、平成20年に、改正がなされ、市町村長申立てに限らず、本人申立て、親族申立て等についても対象となった。

他にリーガルサポートの「公益信託成年後見助成基金」があり、親族以外の個人が成年後見人等に就任している場合で、生計を一にする被後見人の家族の年収が260万円以下であり、かつ、他に資産がないことを条件に被後見人一人に対し、基金運営委員会の審査の上、原則月額1万円最高2万円を限度に助成するものである。発足当時は2,000万円であった信託財産は、多数の寄付や遺贈を受けたことにより約2億円に達した。平成20年度は、司法書士、社会福祉士等に対して、61件のケースに総額850万円の助成金が支給された⁶⁴⁾。

今後の課題として、成年後見制度利用支援事業の拡大が求められるが、

他方、成年後見制度利用支援事業により、報酬が付与されない場合であっても、被後見人の権利擁護は必要であるため、法律職専門家によるプロボノ活動として位置付ける可能性もある。

お わ り に

「親なき後」問題は永遠の問題である。それは、我が子を心配するがゆえに、「抱きかかえ」状態を生じさせ、それが、逆に「親(自分)なき後」への不安を生むという負のスパイラルに起因しているからである。

それゆえ、心理的な問題の解決は、ある意味では不可能とも考えられる。しかし、制度的な問題の解決は可能である。

そこで、今回は、「親なき後」問題に対して、成年後見制度をどのように利用することができるのかを検討してきた。

社会福祉基本構造改革にともなう契約制度の出現に伴い、「親なき後」問題においても、成年後見制度の利用が期待されていることがわかった。また、「親なき後」の成年後見は、後見期間が長期化し、また、本人のニーズがつかみにくいため、成年後見人の引継ぎや事実行為を含む身上監護の実施といった一般の成年後見と異なる特有の支援が必要となるが、上記述べた通り、現行の成年後見制度の枠組みの中においても一定程度対応することができることがわかった。しかし、これらの成年後見人の引継ぎ、事実行為を含む身上監護の実施は、法律上、規定がなく、解釈で運用することができるにすぎない。したがって、成年後見人の引継ぎについては、現行法のように、成年後見人の辞任と選任の手続きを必要とするのではなく、「裁判所が認める場合」と限定した上で、「成年後見人の交代」という条文を設けるべきである。条文化されることによって、「親なき後」問題の成年後見における「成年後見人の交代」の利用が促進されると考える。

また、身上監護については、後見人等は何をすることができて、何をすることができないのかといった一定程度明確な基準を規定する法整備が早

急に検討されることを期待したい。さらに、医療同意権についても、医療の実態を踏まえたうえで、再検討する必要がある。

また、私見として、「親（自分）なき後」に対する不安を解消する手段として、「後見プラン」を挙げた、成年後見人を中心として、社会福祉士、医師、介護士等がチームとなり、「後見プラン」を作成し、この「後見プラン」により任務分掌を行うことで、「親（自分）なき後」も、自分がいた時と同じように子供が、子供の意向を尊重した生活を送ることができるということが確認できるため、親の不安の解消につながると考えている。しかし、逆に、「後見プラン」が作成されなかった場合、法整備によって「親ある時」の成年後見が充実したとしても、「親なき後」の不安は解消されることがないため、「親なき後」問題の解決にはつながらない。したがって、知的障害者の成年後見においては、「後見プラン」の作成を義務付けるものとする法整備が必要である。

さらに、成年後見人に専門職が就任した場合の経費、報酬問題を検討した。財産がない人においても、権利擁護及び福祉サービスの利用は必要であることは明らかであるため、成年後見制度は財産がない人は使うことができないという事態を避けなければならない。

しかし、上記述べた通り、現在の社会保障制度では十分でなく、後見人の不足という事態が生じている。また、現在の成年後見人の報酬の決定方法も後見人不足に影響を与えている。主に本人の財産の多寡により、決定されているが、支援の必要性と支援量の多寡は、本人の財産によって決まるのではなく、本人の生活環境、障害の程度等さまざまな要因によって決まる。したがって、「身上監護」の質や量を反映した後見人報酬の決定をする必要がある。将来的には法整備が必要であるが、まずは、後見人に対する報酬の基準を確立することが必要であると考えられる。

以上、成年後見制度の課題を見てきたが、これらの課題が解決されることで、「親なき後」問題において成年後見制度が今以上に活用することが可能になるであろう。また、「親なき後」問題において成年後見制度が活

用されることによって、ひいては、障害者基本法に基づく知的障害者の生活の質の向上につながるのではないだろうか。

- 1) 厚生労働省『2005年度知的障害児(者)基礎調査』(2007) <http://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/titeki/index.html>
- 2) 三原博光 = 松本耕二「障害者の高齢化に対する親の思いについて 保護者に対するアンケート調査の結果から」山口県立大学社会福祉学部紀要11号125～133頁。
- 3) 沖倉智美「『親なき後』を『親ある時から』に 親なき後を生きる主体としての知的障害のある本人の視点から」実践成年後見22号(2007)6頁。
- 4) 松友了「『親なき後』への取組みと課題 育成会運動を通じて」前掲(3)38頁。
- 5) 松友 前掲(4)38頁。
- 6) 沖倉 前掲(3)11頁。
- 7) 沖倉 前掲(3)11頁。
- 8) 社会福祉法人全国手をつなぐ育成会『知的障害のある人の成年後見と育成会～10年の歩みと展望～』(2010)6頁参照。
- 9) 小林明彦 = 大門匡『新成年後見制度の解説』(金融財政事情研究会, 2001)144頁。
- 10) 熊田均「『親なき後』の成年後見人等の支援と課題」前掲(3)47頁。
- 11) 熊田 前掲(10)47頁。
- 12) 佐藤彰一「知的障害者の成年後見制度の利用」前掲(3)53頁。
- 13) 関哉直人「『親なき後』に対処するための法律・制度」前掲(3)29頁。
- 14) 佐藤・前掲(12)55頁。
- 15) 大島明「成年後見人等の交代」実践成年後見21号(2007)82頁。
- 16) 大島 前掲(15)83頁。
- 17) 佐藤 前掲(12)55頁。
- 18) 関哉 前掲(13)27頁。
- 19) 佐藤 前掲(12)55頁。
- 20) 望月真由美「法人後見受任団体としての適格性」実践成年後見29号(2009)27頁。
- 21) 望月 前掲(20)31頁。
- 22) 沖倉 前掲(3)13頁。
- 23) 沖倉 前掲(3)13頁。
- 24) 名古屋地判昭和56年3月6日判時1013号81頁 / 判タ436号88頁。
- 25) 札幌地判昭和53年9月29日判時914号85頁 / 判タ368号132頁。
- 26) 名古屋地判昭和56年3月6日判時1013号81頁 / 判タ436号88頁。
- 27) 赤沼康弘「同意能力のない者に対する医療行為の法的問題点と立法提言」新井誠編『成年後見と医療行為』(日本評論社, 2007)255頁。
- 28) 日本医師会生命倫理想談会「説明と同意についての報告」(1990)。
- 29) 東京地判平成元年4月18日判時1347号62頁 / 判タ718号187頁。
- 30) 日本成年後見法学会制度改正研究委員会『法定後見実務改善と制度改正のための提言』(日本成年後見法学会, 2008)18頁。

- 31) 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補足説明」(金融財政事情研究会, 2003) 43頁。
- 32) 上山泰『医療行為についての同意』法学セミナー575号(2002) 54頁。
- 33) 大阪弁護士会高齢者・障害者支援センター編『成年後見人の実務』47頁(上山泰『医療行為についての同意』法学セミナー575巻[2002] 54頁より引用)。
- 34) 千葉家庭裁判所『成年後見人のしおり』(2004) 120頁(上山泰『医療行為についての同意』法学セミナー575巻[2002] 54頁より引用)。
- 35) 原司「成年後見制度の実務上の諸問題」ジュリスト1211号(2001) 29頁。
- 36) 上山泰『専門職後見人と身上監護〔第2版〕』(民事法研究会, 2010) 122頁。
- 37) 上山泰「医療行為に関する成年後見人等の権限と機能」新井誠編『成年後見と医療行為』(日本評論社, 2007) 87-88頁。
- 38) 能見・川井説では、治療・手術の意味について本人に判断能力がない場合に限り、民法858条の身上配慮義務に対応する権限として、成年後見人の医療同意権を肯定する。この説は、その上で、立法論として、ドイツ民法と同様、侵襲の程度を基準に治療行為を「通常の治療」と「重大な治療」とに区分し、後者の実施には裁判所の許可取得を要件とすべきと主張する。
- 39) 赤沼説では、立法論として、成年後見人に明文で同意権を与え、同意権の範囲は、通常の医療行為については、成年後見人が単独で判断できることとし、死亡のおそれや重大かつ長期に及ぶ障害の発生するおそれのある医療行為については、同意すべきか否かを審査決定する裁判所以外の機関を設置して、その許可事項とするべきであるとする。
- 40) 床谷説では、日常生活上での健康維持のために行うことを通例とする定期的な健康診断の受診、生活の中で通常生じうる疾病・けがについては、客観的必要性がある限り(通常人であれば医師の治療を受ける必要があると判断すると思われる限り)、事理弁識能力を欠く成年被後見人の意思・感情に反する場合であっても、成年後見人の判断で受診させることができるとする。また、これに伴う通院・入院治療・通常必要とされるリハビリの継続についても、原則的に成年後見人の同意権の対象となるが、成年後見人の同意権が被後見人の心身の状態を回復・維持し、生活状況を改善するためのものであることを理由として、身体上の苦痛が相当程度を超えるような場合は、本人の人格に対する侵害となり、許されないとする。他方、通常の生活への復帰のための医療を越える重大な身体・生命上のリスクを伴う医療行為、及び、生命維持装置の着脱、臓器移植等については、成年後見人の同意権の対象外とする。
- 41) 本人の死亡や重大かつ長期にわたる健康上の被害を被るおそれのある重大な医療行為については、成年後見制度の趣旨をよく理解した第三者1名と治療中の医師を除く1名の医師と、複数の成年後見監督人を家庭裁判所から選任してもらい、後見人の決定・処置につき同意を得ることにより、成年後見人の医療同意権の適正さを確保しようとする主張である。
- 42) 不妊治療については、原則として、再度妊娠可能な状態に回復しうる方法が選択されるべきであり、それ以外の方法は、「その妊娠の結果として当該妊婦の生命が危険となり、またはその身体もしくは精神的健康状態に重大な侵害をもたらす危険のあることが予測さ

れ、その危険が期待可能な他の方法によっては除去できない場合」にのみ例外的に許容されるにすぎないとする。

- 43) 上山 前掲(32)55頁。
- 44) 上山泰「患者の同意に関する法的問題点」前掲(37)135頁。
- 45) 日本成年後見法学会制度改正研究委員会『法定後見実務改善と制度改正のための提言』(日本成年後見法学会, 2008) 19頁。
- 46) 細川瑞子「知的障害者支援における法人後見の意義」前掲(20)67頁。
- 47) 日本成年後見法学会身上監護研究会『「身上監護研究会」平成19年度報告書』(日本成年後見法学会, 2008)。
- 48) 最判昭和58年3月18日判時1075号115頁。
- 49) 岡根昇「成年後見からみた福祉型信託の現状と展望」月報司法書士485号(2012)26頁。
- 50) 岡根 前掲(49)26頁。
- 51) 岡根 前掲(49)26頁。
- 52) 独立行政法人福祉医療機構『障害者扶養共済制度』。
- 53) 岡根 前掲(49)27頁。
- 54) 岡根 前掲(49)24頁。
- 55) 岡根 前掲(49)25頁。
- 56) 於保不二雄 = 中川淳編『新版注釈民法(25)』(有斐閣, 2004) 437-438頁 [中川淳]。
- 57) 於保 = 中川編 前掲(56)437頁。
- 58) 於保 = 中川編 前掲(56)437-438頁。
- 59) 於保 = 中川編 前掲(56)437頁。
- 60) 島津一郎 = 松川正毅編『別冊法学セミナー基本法コンメンタール 親族 第5版』(日本評論社, 2008) 265頁 [神谷遊]。
- 61) 大阪家決昭和46年9月25日家月24巻8号62頁, 旧制度の決定であるが、現在の成年後見制度にも妥当する。
- 62) 於保 = 中川編 前掲(56)438頁。
- 63) 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』136頁(有斐閣, 2006)[赤沼康弘]。
- 64) 望月真由美「公益信託成年後見助成基金の現状と成年後見費用助成等制度」月報司法書士444号(2009)108-109頁。