

成年後見人の職務と報酬

専門職後見人の拡充を目指して

清 家 里 美

(法学専攻 リーガル・スペシャリスト・コース)

1. はじめに
2. 専門職後見人の現状
 - 1) 成年後見人制度の概況
 - 2) 成年後見人母体の推移
 - 3) 職業別後見人の推移
3. 成年後見人等の職務
 - 1) 就任直後の事務
 - 2) 日常の事務
 - 3) 最後の事務
 - 4) 特別の事務
4. 成年後見人の報酬
 - 1) 現行制度の概要
 - 2) 報酬助成
 - 3) 報酬額の現状
 - 4) ドイツ世話法の紹介
 - 5) 私見
5. 医療同意権
 - 1) 医療現場の実状
 - 2) 立法者の見解
 - 3) 学説
 - 4) 法整備を求める動き
 - 5) 私見
6. 結びにかえて

1. はじめに

平成21年に厚生労働省が発表した高齢者虐待の調査結果によると、平成

20年に虐待と認定されたケースは約15,000件であり、そのうち「身体虐待」が64%、次いで「心理的虐待」が38%、「介護等放棄」が27%、「経済的虐待」が26%（重複あり）である。被害者は女性が約8割、年齢は80歳以上が約4割で、その中でも認知症で生活障害がある人が45%となっている。虐待をしたのは息子が40%、夫17%、娘15%である¹⁾。

また、国民生活センターからの発表では、精神障害や知的障害、認知症等の原因によって十分な判断ができない状態にある消費者の契約に係る相談件数が、平成10年には2,409件であったのが、平成19年には1万件を超える相談が寄せられているとある。契約当事者の6割以上が70歳以上の高齢者であり、認知症高齢者に係るものが非常に多い。販売購入形態では訪問販売が最も多く、70歳以上の相談では約75%を占めている²⁾。

さらに高齢者を対象にした詐欺事件では平成21年1月～11月の警視庁による統計では、振り込め詐欺の被害総額約47億4千万円のうち65歳以上の被害者は全体の68.8%、認知件数が2,747件にも上る。還付金詐欺では被害総額約2億3千万円のうち65歳以上の被害者は63.4%で、認知件数290件であり、振り込め詐欺では被害総額約88億円のうち60歳以上の被害者は44%で認知件数6,776件となっている³⁾。

そして「平成17年度高齢者の住宅と生活環境に関する意識調査」(厚労省)では全体の約4割が、現在住んでいる住宅に困っていると回答している。60歳以上の者が現在暮らしている住宅の構造で困っていることは「住まいが古くなり傷んでいる」が15.8%、「住宅の構造や作りが高齢者には使いにくい」が10.8%、「日当たりや風通しが悪い」が9.8%となっている⁴⁾。こうした人の弱みに付け込んだ悪質なリフォーム詐欺も横行している。このように判断能力の低下した高齢者を狙った虐待、詐欺、悪徳商法による被害はさらに拡大していくであろう。

高齢者の問題は、そのような事件に関することだけではない。家族と疎遠であったり、身寄りがなかったりする一人暮らしの高齢者で、本人に判断能力がない場合、医療同意を誰がするのかという問題がある。東京都老

人総合研究所の調査によると、判断能力の低下した認知症の高齢者を治療する際、医師の約8割が治療の同意を得るのに困った経験があると回答している⁵⁾。医療行為は生命にかかわる重大なことである。また高齢者にとっては、人生最期をどのような形で終結させたいかという、自己決定の尊重にもかかわる問題でもある。高齢者が安心して暮らすためには、この問題も解決しなければならない。

わが国の高齢社会の進展、特に認知症高齢者の急増とともに種々な紛争が発生してきている。本来、高齢者は敬愛され、生きがいを持てる健全で安らかな生活が保障されるべきであり、そのような社会とするために様々な施策がなされている。成年後見制度も判断能力の減退した高齢者、障害者のための権利擁護、福祉の一翼を担う法的支援制度の一つである。しかし制度がスタートして10年が経つが、数多くの問題や課題があり、社会への浸透という面でもまだまだ制度としては不十分である。現状の高齢者を取り巻く種々な背景を鑑みれば、成年後見制度の普及と利用の促進は急務である。

本稿では成年後見制度の専門職後見人⁶⁾不足という問題に焦点をあててみた。今までは家族等が後見人になることが多かったが、家族関係が希薄になるにつれて、家族等が後見人になるケースが徐々に減り、第三者による後見が必要となってきた。また冒頭でも述べたように虐待や詐欺等の様々な被害に巻き込まれやすい高齢者を守るには、家族後見では難しい場合がある。そこで専門職後見人の活躍が期待される。第三者後見人として大きな役割を担っているのが弁護士等による専門職後見人である。しかし、年間約2万件の申立がある現状では、専門職後見人の供給に限界がある。現在、後見人候補者として登録している各職能母体における人数は約1万人⁷⁾であるが、後見事務は長期にわたって継続するため、既に受任している件数⁸⁾も考慮しなければならず、さらに後見人1人が受け持つことのできる件数は最大10件程度⁹⁾と限りがあるので、専門職後見人の不足が大きな問題となっている。制度の利用者に対して、実際の後見を担う専

門家の数が少ないため、利用者が専門家までたどり着くのも困難となる。さらに両者の橋渡しをする機関と拠点も充分でないことは、制度自体の認知や浸透を妨げている可能性がある。

専門職後見人の絶対数が不足している上に、成年後見人等(以下後見人と称す)になりたらない専門家も少なくないようである。その理由の一つとして、専門職後見人の報酬基準が不明確であり、比較的低額であるということが挙げられている¹⁰⁾。

そこで本稿では、専門職後見人の職務を再確認した上で、報酬基準の明確化を検討したい。なお職務の再確認をするにあたって考慮しなければならないのは、後見人の医療同意権についてである。医療同意権に関しては、現在、種々の学説のもとで、混乱が続いている。被後見人の医療同意について、後見人がどこまでかかわる義務があるのかを明らかにしておかなければ、専門職後見人の選任は進まないであろう。そこで最後に後見人の医療同意権について考察する。

2. 専門職後見人の現状

1) 成年後見制度の概況

申立件数は成年後見制度発足当時から着実に増えている。後見申立は平成12年では7,451件であったのが、平成20年には22,532件と約3倍に伸びている。保佐申立においては平成12年で884件であったのが、平成20年には2,539件と同じく約3倍の伸びを見せている。しかし、補助申立においては平成12年に621件であったのが、平成20年には947件と1.5倍程度にとどまっている。新制度は、より利用しやすいように後見類型を3段階に分類したが、補助制度の申立件数の伸びは期待外れであった。保佐においても後見と同様に約3倍の伸びを見せているが、申立件数の数自体はまだまだ少ないといえる。一つには、この制度の認知が進まず、また仮に知られていても利用が進まないということであろう。その理由として補助、保佐

では補助人、保佐人の同意権または代理権が認められる特定の法律行為を選択しなければならず、使い勝手の不便さが考えられるし、判断能力を欠く状態でなければ、あえて制度の利用をする必要がないという心理的なブレーキがかかってしまうということも考えられる¹¹⁾。また、旧制度時代に行われていた親族等による契約が今も続いているということもある。例えば、子が親の名義で勝手に契約書を作成し不動産等を売却したり、遺産分割においても本人の知らない間に済ませていることもあるであろう。この状態を違法状態と指摘する専門家もいる¹²⁾。契約をするには、契約当事者に意思能力、判断能力が必要であるので、判断能力を欠いた親のために子が代わりに契約を結ぶことができないことを理解していない家族も少なからずいる。

平成18年の申立件数の増加は、障害者自立支援法の影響を受けていると考えられる。同法により障害者福祉サービスの利用に契約締結が必要となったため、知的障害者・精神障害者等の親の会による集団申立が全国で急増したためである¹³⁾。また、同法により今までは障害者種別に異なる法律に基づいて提供されていた福祉サービスが一元化された。身体障害者・知的障害者だけでなく、精神上的の障害により判断能力の不十分な精神障害者も福祉サービスを利用するあらゆる場面で、契約を締結するための法的な支援の仕組みとして成年後見制度を利用することが必要となった。

しかし、わが国の申立件数はまだまだ少ないといえる。平成20年における申立件数は約2万5千件にとどまっている。1992（平成4）年に世話法がスタートしたドイツでは、2007（平成19）年には約120万人の利用がある¹⁴⁾。また国際的な議論においても、成年後見制度の利用率は人口の1%が妥当とされている¹⁵⁾ことからすれば、わが国の普及率は著しく低水準であるといえる。推定認知高齢者約200万人、知的障害者約55万人、精神障害者約303万人¹⁶⁾という数字からすると、成年後見制度は決してニーズがないのではないと思われる。本当に制度を利用する必要のある人が、何らかの理由で利用できずにいるという可能性も考えられるであろう。

表1：成年後見人等申立件数¹⁷⁾

	12年度	13年度	14年度	15年度	16年度	17年度	18年度	19年度	20年度
後見	7,451	9,297	12,746	14,462	14,485	17,022	28,887	21,151	22,532
保佐	884	1,043	1,521	1,627	1,634	1,890	1,998	2,235	2,539
補助	621	645	737	805	790	925	889	916	947

* 平成12年度から平成15年度までは、当該年度の4月から翌年3月まで、平成16年度から平成20年度までは、当該年度の1月から12月までの申立件数である。

2) 成年後見人母体の推移

表2から本人と成年後見人との関係を見ると、親族が占める割合が大半である。平成12年には親族が占める割合は全体の約9割であったのが、平成20年には約7割となっており親族が全体に占める割合は約2割減少している。親族の中でも配偶者が全体に占める割合の減少が著しい。平成12年には全体の18.6%であったのが平成20年には7.6%と大幅に減少している。配偶者も高齢になり、後見人になるのが難しくなっているのであろう。

専門職後見人の選任数自体は増加傾向にあるが、平成18年は専門職後見人が全体に占める割合が減っている。これは障害者自立支援法の施行により知的障害者・精神障害者の親が子の後見人になるケースが増えたためである。知的障害者や精神障害者等の親が後見人となる場合、親が亡くなった後どうするのが大きな課題が残されている。

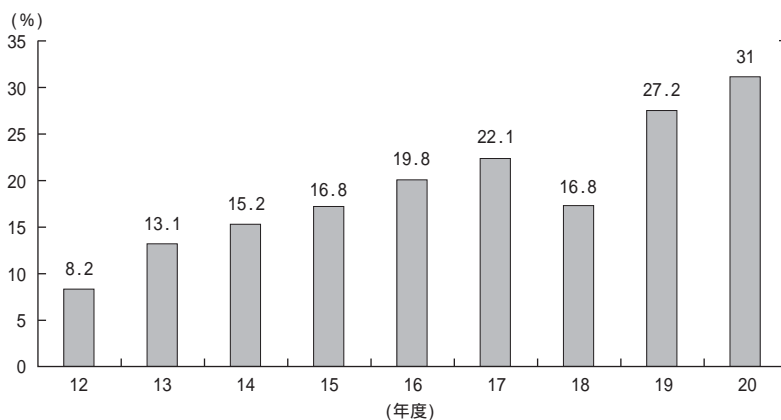
表3のグラフの通り専門職後見人は年々増加し(平成18年除く)、平成12年には全体の8.2%と1割にも満たなかったのが、平成20年には約3割を占めるようになってきている。この背景には、後見人に家族がいても遠方で交流がない場合や、身近に親族がいても無関心であったり、また身寄りがなかったりという場合がある。高齢者を家族のみで支えていくことができなくなったように、高齢者等の意思決定にかかる支援も、もはや家族のみでは担えなくなっているとみてよいであろう。少子高齢社会となった日本において、親族後見の可能な範囲は限定されてきているといえる。

成年後見人の職務と報酬（清家）

表 2：成年後見人母体の推移¹⁸⁾

	12年度	13年度	14年度	15年度	16年度	17年度	18年度	19年度	20年度
親	9.6%	8.5%	10.7%	12.5%	11.3%	10.7%	28.2%	7.9%	6.1%
子	34.5%	32.6%	30.8%	29.2%	29.5%	30.4%	21.3%	31.7%	32.5%
配偶者	18.6%	14.2%	12.7%	10.8%	9.4%	8.5%	6.0%	8.6%	7.6%
兄弟姉妹	16.1%	17.6%	17.2%	16.9%	16.8%	15.6%	18.2%	12.0%	11.0%
その他親族	12.1%	13.0%	12.7%	13.1%	12.5%	12.2%	9.2%	12.0%	11.2%
合 計	90.9%	85.9%	90.4%	82.5%	79.5%	77.4%	82.9%	72.2%	68.4%
知人	0.9%	0.9%	0.7%	0.7%	0.7%	0.5%	0.4%	0.5%	0.5%
専門職後見人	8.2%	13.1%	15.2%	16.8%	19.8%	22.1%	16.8%	27.2%	31.0%

表 3：専門職後見人数の推移¹⁹⁾



3) 職業別後見人の推移

平成20年において、弁護士、司法書士、社会福祉士の3職種で専門職後見人選任数の約93%をも占めている。また表5の通り、法人以外は申立件数に比例するように年々増加している。平成14年から平成20年にかけての各職業の伸び率は、弁護士約2.9倍、司法書士約4.6倍、社会福祉士約11.5倍である。弁護士と司法書士が上位2職業となっているが、これは成年後見制度を利用する目的として、財産管理等の法律分野でのニーズが高いた

めと考えられる。

専門職後見人選任数の伸び率が一番低いことから推測できる通り、弁護士は後見人の報酬の低さから職務の対価としては不十分であるため、後見人を引き受けないということがおこっている。また依頼者にとっては弁護士というと親近感がなく、費用もかかるという意識もあるだろう。しかし、親族間に対立のある事案などでは、対立当事者間の権利関係の紛争の解決を主な職務とする弁護士に任せるのが一番よいだろう。この点では、弁護士の専門性が最も求められる。

専門職後見人の選任数が一番多い司法書士は、後見人としての専門領域を拡大することに力を入れているといえる。成年後見業務を専門とする司法書士の団体である社団法人成年後見センター・リーガルサポート(以下リーガルサポートと称す)は、後見業務を積極的に行っている。リーガルサポートは日本成年後見法学会の活動支援として役員や委員を派遣し、連携を深め、また会員の司法書士、会員以外の司法書士、さらに一般の人を対象とした研修も行っている。リーガルサポートの会員である司法書士が後見人等候補者名簿に登録されるためには、18単位(18時間以上)の研修を受けなければならない。また、名簿の更新を受けるためには、12単位(12時間以上)以上の単位を取得している必要がある。研修内容は、通常の講義形式、ビデオテープまたはDVDに収録された講義を受講する形式、ゼミナール形式、シンポジウム形式など多岐に渡る²⁰⁾。リーガルサポートは、様々な形で実践的な研修を行い専門職後見人の育成に寄与している。

また、成年後見制度がなぜ介護保険制度と同時期にスタートしたのかを踏まえれば、成年後見制度について「財産管理」から「身上監護」にその重点を移行したと捉えるべきであり、この視点からは、今後福祉分野の専門家である社会福祉士の活躍が大いに期待されるであろう。

平成19年を除いて、法人が少ないのは法人の短所の一つとして、事業採算性が低いことがある。しかし法人の長所には、必要な専門家を確保することが比較的容易であり、利用者の異なったニーズ(医療・福祉・財産管

成年後見人の職務と報酬（清家）

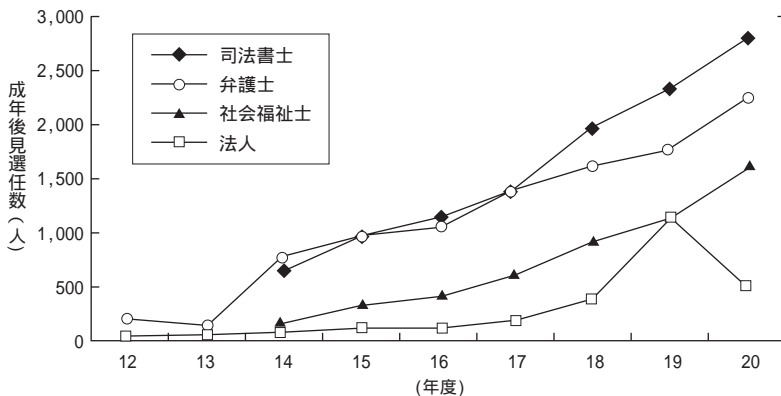
理などの分野）に就くことができることがある。また、管理なども組織として行うので信用性も増し、ノウハウも組織的に蓄積でき、より次元の高い後見事務の期待ができる²¹⁾だろう。ただし法人の短所である事業採算性が低い部分を補い、安定的な運営をするためには、行政の財政的な支援が必要である。

表 4：職業別にみる成年後見人の推移²²⁾

	12年度	13年度	14年度	15年度	16年度	17年度	18年度	19年度	20年度
弁護士	4.6% (166)	7.7% (626)	7.0% (760)	6.6% (952)	7.2% (1,060)	7.7% (1,345)	5.2% (1,617)	7.7% (1,809)	9.0% (2,265)
司法書士			5.7% (610)	7.0% (999)	8.1% (1,179)	8.2% (1,428)	6.3% (1,964)	10.5% (2,477)	11.3% (2,837)
社会福祉士			1.3% (142)	2.2% (313)	2.8% (405)	3.3% (580)	2.9% (902)	5.3% (1,257)	6.5% (1,639)
法人		0.4% (13)	0.6% (62)	0.5% (71)	0.7% (98)	1.0% (179)	1.2% (377)	1.8% (417)	1.9% (487)

* ()は人数

表 5：職業別にみる専門職後見人の推移（グラフ）²³⁾



専門職後見人の不足が危惧される中で、第三者後見人の成り手の一つとして最近市民後見人が注目を集めている。市民後見人とは、「弁護士や司法書士などの資格はもたないものの社会貢献への意欲や倫理観が高い一般市民の中から、成年後見に関する一定の知識や技術・態度を身に付けた良質の第三者後見人等の候補者」²⁴⁾のように定義される。市民後見人が受任可能と思われるケースは、下表6にあるように被後見人の財産が高額ではなく、身上監護に困難を伴わず、日常的な金銭管理を中心とする事案であろう。具体的な後見業務は、「日常生活の見守り、書類の整理、日常生活における現金の届け、緊急時の支援、その他必要と認められる業務」²⁵⁾といった専門性を要しないものとなる。

市民後見人の長所として、多忙な業務を抱える専門職後見人と違って活動時間に余裕があることが多く、よりきめ細やかな後見事務を行うことができるということがある。また市民後見人の活動は、誰もが地域で安心して暮らせることをめざす地域福祉活動の一つである。判断能力の不十分な人の生活を支援するという直接的な効果とともに、地域に密着して活動することを通じて、被後見人、後見人、住民等の様々な人々との交流と理解を広げる。身近な地域での支え合いにより、誰もが住みよい福祉コミュニティを作ることにつながるという面でも大きな役割を果たす²⁶⁾。

市民後見人の活動は、ほとんど報酬が期待できないが、その職務は決して軽いものではない。それでも活動が継続されているのは、後見活動が市民後見人にとって喜びや生きがいにつながっているからである。この喜びや生きがい、社会貢献への意欲や、倫理感を高くもつ市民後見人のやりがいと誇りを高めている²⁷⁾。

専門家ではない市民後見人が円滑に後見活動を行っていくには、「継続的な研修や活動に関する相談、適切な事例を受任できる調整機能、活動状況の確認と助言など、活動に対する専門的な支援機能」²⁸⁾が重要である。また、親族として後見活動を担っている人々への支援も必要である。後見活動に対する支援を継続的に確立していくことが重要となる²⁹⁾。

市民後見人と専門職後見人の職務を類型化すると、次のような表になる。

表6：市民後見人と専門職後見人の業務の類型³⁰⁾

	施設入所者	在宅生活者
法律専門職	<ul style="list-style-type: none"> ・特に財産が多額で、その管理に専門性が必要な事例 ・紛争性を有する事例 	<ul style="list-style-type: none"> ・親族間の財産等の訴訟を含む争い、虐待、債務整理などがある事例
福祉専門職	<ul style="list-style-type: none"> ・障害が重度あるいは重複などにより施設ケアチェック等身上監護に専門性が必要な事例 	<ul style="list-style-type: none"> ・本人が重度の認知症・精神障害者、重複障害者である事例 ・親族、近隣との関係調整が困難な事例 ・保健福祉サービスが未導入の事例 ・本人の意思確認が困難な事例
市民後見人	<ul style="list-style-type: none"> ・財産は高額でなく管理しやすいもの。定期的な見守り、ケアチェックが中心の事例 	<ul style="list-style-type: none"> ・軽度の認知症・知的障害者であって、財産は高額でなく日常の金銭管理が中心で、身上監護に困難性がない事例

3．成年後見人等の職務

1) 就任直後の事務

成年後見人に就任後、職務を行う上で必要な後見登記事項証明書を取得し、本人に関する情報の収集、及び後見人以外の方が被後見人の財産を事実上管理していた場合には、その者から、速やかに財産に関する通帳、証書、資料等、被後見人の財産の引渡しを行う。さらに金融機関に成年後見人に就任したことの届出をする。市町村役場へは、健康保険・介護保険に関して各種書類が成年後見人へ送付されるよう届出をする。必要であれば納税通知書が成年後見人に送付されるよう税金に関する届出をし、公的年金に関する通知や手続関係書類も、確実に成年後見人が受け取ることができるように社会保険事務所等へ届出をする³¹⁾。

これら就任直後の事務を終え、本人の財産や生活状況に関する調査の結果を基に財産目録を作成し、これを裁判所に提出する。この財産目録の作

成は、就任後1ヵ月以内に行わなければならない、後見監督人がいるときはその立ち合いが必要となる(民法853条)。財産が多額で多岐にわたる等の事情がある場合には、この期間を家庭裁判所の許可を得て伸ばすことができる。財産目録を作成するまでは、成年後見人は急迫性のある行為しかすることはできないため(民法854条)、できるだけ速やかに作成することが望ましいとされている。また、本人の収入と支出の見込額をまとめた収支予定表を財産目録とともに作成する³²⁾(民法861条1項)。

2) 日常の事務

成年後見人の基本的な職務は、「被後見人の財産を適正に管理すること、被後見人の身上監護に配慮すること、成年後見人として行った職務の内容を家庭裁判所に報告すること」³³⁾、の3点である。

成年後見人は包括的な代理権を付与されており、これに対応して、成年被後見人のすべての財産について包括的な財産管理権を有するものとされている(民法859条1項)。保佐人または補助人の財産管理権については、明文の規定は設けられていないが、保佐人または補助人は、代理権付与の審判の効果として、その審判により付与された代理権に付随する財産管理権を有する(その範囲は、当該代理権の対象行為の範囲に限られる)ものと解される³⁴⁾。

財産管理は、印鑑や預貯金(通帳)の保管・管理、保険金や年金などの受領、有価証券、貴金属等の動産、不動産の維持・管理、必要な経費の支出、生活資金捻出のための動産及び不動産の処分、介護サービスなどの契約の締結など広範囲に及ぶ。また被後見人が無断で行った法律行為(売買契約など)につき、その取消しをすることも重要な財産管理行為である。

専門職後見人が受任するケースでは財産管理が中心となってくるが、財産管理を主たる目的とする法律行為の場合でも、なんらかの形で本人の身上に関連する事務を含むのが通常である。そこで民法858条に、「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。当該規定は身上監護の充実の観点から、成年後見人の善管注意義務の内容を敷衍し、かつ、明確にしたものと位置付けることができる。本人の身体に対する強制を伴わず、かつ、契約等の法律行為（事実行為は含まれない）に関する事項である限り、一身専属的な事項を除き、身上監護に関連するあらゆる事項（法律行為に当然に伴う事実行為を含む）をその対象として含みうる³⁵⁾。

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すべてがその内容として含まれる。すなわち成年後見人は、前記～等の各項目に関する契約の締結（たとえば、介護契約、住居に関する契約、施設入所契約、医療契約、教育・リハビリに関する契約等）、相手方の履行の監視（たとえば施設内の処遇の監視等）、費用の支払（たとえば、介護サービスの費用の支払等。介護・生活維持のための社会保障給付の利用を含む）、契約の解除等（たとえば、住居の賃貸借契約の解除、施設の退所等）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る³⁶⁾。

なお、成年後見人の身上配慮義務の内容は、個々の法律行為の態様および本人の身上をめぐる状況に応じて多種多様なものが含まれるものと解されるところである。たとえば、いわゆるアドヴォカシー（advocacy = 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こと）等についても、民法858条の解釈として合理的な範囲内である限り、身上配慮義務の内容に含まれる³⁷⁾。前述の で医療に関する事項は成年後見人の職務範囲とされているが、医療行為に関して慣例上家族等に医師側などが求めてくる医療行為の同意を成年後見人が本人に代わって同意することができるのか問題となる（5．医療同意権参照）。

また家庭裁判所は、成年後見人が就任時に後見事務報告書を提出してから、約1年経過した時期に、成年後見人に対して改めて後見事務報告書の提出を求めてくる。それ以降は通常1年若しくは2年ごとに同様の指示がある。家庭裁判所が後見人に対する監督権限に基づき、後見事務が適切に行われているかを調査し、場合によっては必要な措置をとるため、後見事務や財産の状況を調査するので提出させるものである³⁸⁾(民法863条、家事審判規則84条)。

3) 最後の事務

後見が終了した際には、後見人、またはその相続人は2ヵ月以内に管理の計算をしなければならない。ただし財産の種類やその額が多く、時間を要する場合には期間伸長の申立てをすることが可能である(民法870条)。また後見監督人が選任されている場合には、後見監督人の立会いのもと管理の計算をしなければならない(民法871条)。成年後見人の就任から任務終了の間の後見事務に関して、被後見人の全財産の収入及び支出を計算することで、財産の変動と現在の財産を明らかにすることを目的としているものである³⁹⁾。

具体的には、成年後見人が管理していた被後見人の財産についての収支状況報告書と財産目録を作成し、報告をする。報告は、被後見人本人の死亡または失踪宣告を受けた時は本人の相続人に、後見開始の審判が取り消された時は被後見人であった者に、成年後見人の死亡・失踪宣告、辞任、解任、あるいは後見人が破産者になるなどの欠格事由に該当することになったとき等は、後任の後見人に報告し、後見監督人が選任されている場合には後見監督人にも報告をする。そして被後見人の死亡により後見が終了したときには、後見終了の登記を申請する(後見登記等に関する法律8条1項)。なお後見開始の審判が取り消されたときは、家庭裁判所が登記を囑託する⁴⁰⁾。

財産引渡しは遺言書がある場合で、被相続人の財産引渡しをする際には、

遺言書があり、遺言執行者がいるときには執行者に、いないときには相続人に引き渡すか、あるいは家庭裁判所において執行者が選任されるのを待ってその者に引き渡す（民法1010条、家事審判法9条1項甲類35号）。遺言書がない場合で、相続人がいるときには相続人に、いないときには後見人であったものが利害関係人として、相続財産管理人の選任を申し立て（民法952条1項、家事審判法9条1項甲類32号）、後見審判が取り消された場合は成年被後見人であった者に、成年後見人の死亡・失踪宣告、辞任、解任、あるいは後見人が破産になる等、欠格事由に該当することとなった場合には、後任の成年後見人に引き渡す⁴¹⁾。

管理の計算、財産の引き継ぎ、相続人への通知が終了したら、後見事務報告書と被後見人の戸籍謄本や死亡診断書、財産目録、収支状況報告書及び領収書等の資料や書類を添付し、家庭裁判所に後見事務が終了したことを報告する⁴²⁾。

当該家庭裁判所の報告と合わせ、後見終了時までの後見事務に対する報酬付与審判の申立てを行う。

4) 特別の事務

家の修繕などが必要な場合は施工業者などを手配し、被後見人等のために必要があれば、不動産の売却をする。ただし居住用不動産の処分をする場合には、本人の身上面に与える影響の重大性にかんがみ、家庭裁判所の許可を得なければならないとされており（民法859条の3）、家庭裁判所の許可は処分行為の効力要件であり、家庭裁判所の許可を欠く居住用不動産の処分行為は無効であると解される。民法859条の3は保佐、補助にも準用されているので、保佐人や補助人が処分するケースでも、当然に家庭裁判所の許可が必要となる（民法856条の5第2項、876条の10第1項）。

また被後見人が死亡し、相続が発生した場合に遺産分割協議に参加したり、税務申告を行ったりする。法的な紛争が生じたときには訴訟ということになる場合もある。遺産分割であれば、相続人間で激しく対立していた

場合、税務申告であれば、不動産賃貸収入や不動産の売却収入がある場合、相続した財産が高額で相続税の申告が必要な場合など非常に困難を伴うケースもあり、こういった法律分野は法律の専門家である弁護士や司法書士が向いている。

4. 成年後見人の報酬

以上に述べたように成年後見人の職務は多岐にわたり、かつ細心の注意を尽くさなければならないものである。また判断能力の低下した被後見人との信頼関係の構築、身上の把握など時には困難をかかえながら任務を遂行していかなければならない。専門職後見人による後見は、専門家が時間を費やし任務を遂行するのであるから、報酬を伴う必要がある。

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⁴³⁾(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⁴⁴⁾なのである。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⁴⁵⁾。

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⁴⁶⁾。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するであろうから、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⁴⁷⁾。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⁴⁸⁾。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⁴⁹⁾の事情がある（大阪家決昭・46・9・25家月24巻8号62頁）。

明治民法では、後見人が配偶者・直系血族・戸主であるときは報酬を受けることができないと規定されていた（旧民925但書）。現行法では、報酬を受けることのできる後見人の範囲は制限されておらず、個々の場合について審判により判断すればよい⁵⁰⁾とされている。

報酬は、後見人が報酬付与と審判の申立を行って、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⁵¹⁾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⁵²⁾。これは、報酬は後見人が実質的に行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ては認められない⁵³⁾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⁵⁴⁾。

後見の報酬付与と申立却下の審判に対しては、即時抗告を認めた規定はなく、また非訟事件手続法20条が準用されていないので、通常抗告もできないとされている（広島高松江支昭32・7・23高民集10巻6号360頁）⁵⁵⁾。

報酬付与と審判の申立について、身上監護研究会による平成19年9月中旬～10月末まで行われたアンケート結果⁵⁶⁾によると、「申し立てを行った」63.0%、「行っていない」35.9%、「無回答」が1%であった。申し立てを

行っていない主な理由は、後見を受任して1年未満(期間が短いため)であり151件あった。報酬付与の申立は、実務上では年1回程度行われる家庭裁判所への事務報告にあわせるかたちでされることが多いようである。また近々行う予定が34件、報告書提出を併せて行う予定が7件あり、これを「申立を行った」群に入れると「申立を行った」は67.2%になるが、それでも申立を行っていない割合は約3割にも上る。申立を行っていない理由として、少数であるが報酬額のわりには申立手続きが面倒ということや、申立をしても報酬はでないだろうと思われるケースを受任していることがあげられている。なおこのアンケートは、表8、表9にあるように各職業別の後見選任割合に比例した形で回答者が得られておらず、回答者に偏りがあるといえる⁵⁷⁾。回答者数の9割が司法書士と社会福祉士である。

表7: 報酬付与審判の申立てを行っていない主な理由⁵⁸⁾

• 1年未満(期間が短いため) 151件	• 経済状況(資産が少ない) 44件
• 近々行う予定 34件	• 報告書提出を併せて行う予定 7件
• 業務多忙により 6件	• 業務内容が軽易なため 4件
• 公務員のため 4件	• 利益相反のおそれがあるため 4件
• 遺産分割調停中であるため 3件	• 係争中のため 2件
• 手続が面倒 2件	• 裁判所から報酬は出ないと言われている 2件
• その他	

表8: 職業別成年後見選任数の割合(平成18年)⁵⁹⁾

弁護士	司法書士	社会福祉士
5.2%	6.3%	2.9%

表9: 有効回答数の職種別割合⁶⁰⁾

弁護士	司法書士	社会福祉士
8.2%	40.6%	51.2%

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おこってくる。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係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⁶¹⁾。この成年後見利用支援事業は、平成13年4月から開始されたが平成18年4月からは介護保険制度の地域支援事業として位置づけられ、この事業の予算については国が40.5%、都道府県および市町村が各20.25%、65歳以上である1号被保険者が19%を負担するものとされている。平成14年には知的障害者に、平成18年には精神障害者にも拡大され、すべての判断能力不十分者を対象とする制度となった。

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%）⁶²⁾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は援助している例はごくわずかにとどまっている。費用補助の対象者がいないということはありえず、費用負担ができない事案については、成年後見制度の利用を抑制させているのではないかと思わざるを得ない。公的な費用助成の活用状況はまだまだ不十分としか言えない⁶³⁾。

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。発足当初は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年は、司法書士、社会福祉士などに対して、61件のケースに総額約850万円の助成金が支給された⁶⁴⁾。しかしながら、毎年右肩上がりの助成金申請者にこのままでは対応できなくなる可能性もあり、さらなる寄付を募っている。

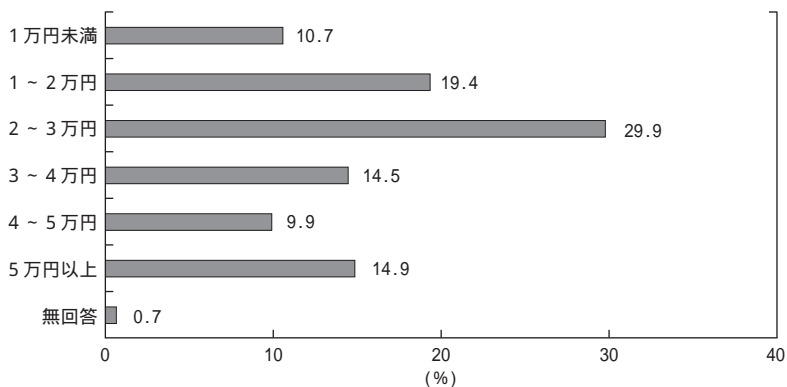
3) 報酬額の現状

筆者は実際に後見事務を受任している司法書士の方々へヒアリング調査を行った⁶⁵⁾。本人の資産が約3000万円で報酬は月額3万円程度という回答があった。大体、本人の資産が1000万円以下だと報酬月額は1～2万円程度であるという。しかし、1年間で8万円というケースや、事務内容がほぼ同じであったにもかかわらず、1回目の報酬付と申立で13ヶ月分が8万円、2回目の申立で24ヵ月分が6万円という報酬額であったこともあるとのことだった。

実務家の方の意見として、「決して財産のない人からの報酬を期待しているわけではないが、報酬額の低さに驚くことがある。」「後見事務内容が正当に評価されていない感は否めない。」「同じ後見事務内容で、報酬を決定する裁判官によって、報酬額に違いが出たりして不公平さを感じる。」という声が聞かれた。

報酬の低さから、ボランティア感覚で後見人として職務を遂行している方もいれば、報酬が少ないために成年後見人になりたがらない専門家もいるというのが実状であった。

下記の表10の平均報酬額(1ヶ月)は、日本成年後見法学会の身上監護

表10：報酬額(1ヶ月平均)⁶⁶⁾

* 平均2.9万円

研究会による平成19年度のアンケートによるものである。表10では月1万円未満の報酬というものが、ある程度実際に存在するという事実を指摘しておきたい。

4) ドイツ世話法の紹介

(1) 世話法改正の経緯

ドイツにおいて法定後見である世話は原則的に無報酬とされている（ドイツ民法1836条）。この無報酬の世話人を「名誉職世話人」と呼ぶ。ただし、名誉職世話人も費用（必要経費）については、一括払いで年額323ユーロ（1ユーロ130円の換算で約4万2000円）を受け取ることができる（ドイツ民法1835 a条，1908 i条1項，司法報酬及び損失補償に関する法律22条）。適任の名誉職世話人がいない場合には、例外的に職業世話人を選任することが認められる（ドイツ民法1837条6項）。具体的には、弁護士、ソーシャルワーカー等の専門職が選任される⁶⁷⁾。職業世話人には、16の各州司法予算から報酬が支払われる⁶⁸⁾。

ドイツ世話制度は財政面での国庫負担の問題があり、2回の制度改正が行われている。1999年の第1次改正は、名誉職世話人を原則とし、職業世話人を例外とする位置付けや、報酬体系の見直しなどを通じて世話に関する国費負担の軽減を図ったものである。しかし、この時点の世話件数はすでに43万件に達しており、改正後も国費支出は従来の状況を凌駕する勢いで増大の一途をたどり続けた。2002年には、世話人が100万人を超え、同年度における世話関連の国費支出は約3億4000万ユーロ（日本円で約440億円）にまで達し、国費削減の目的で2005年に第2次世話法の改正が行われた。

(2) 現行制度の概要

第2次世話法の改正後の報酬額は、3段階の資格別の時間給を基礎に算出されている。さらに、「利用者の資力（無資産か否か）」、「利用者の居所（在宅か施設入所か）」、「世話開始からの経過時間」という三つの要素によ

り、月当りに請求可能な時間数が細かく決められている⁶⁹⁾。

上山教授によれば⁷⁰⁾、3段階の資格別の時間給は、特別の専門知識をもたない場合は19.5ユーロ、職業専門教育若しくはこれと同等の養成専門教育に基づく専門知識を修得している場合は25ユーロ、大学教育もしくはこれと同等の養成専門教育に基づく専門知識を修得している場合は33.5ユーロ、とされている(報酬法3条1項)。請求時間数については、利用者に資力がある場合(この場合は日本と同様に報酬は利用者の資産から拠出される)、在宅生活ならば、世話開始から3ヶ月目までが8.5時間、4ヶ月目から6ヶ月目までが7時間、7ヶ月目から12ヶ月目までが6時間、それ以降(1年を超えた場合)が4.5時間とされる。他方施設入所ならば、世話開始から3ヶ月目までが5.5時間、4ヶ月目から6ヶ月目までが4.5時間、7ヶ月目から12ヶ月目までが4時間、それ以降(1年を超えた場合)が2.5時間となっている(報酬法5条1項)。利用者が無資産の場合、報酬は公費負担となり、本人の資産から報酬が拠出される場合よりは請求時間数が少なくなっている。

上山教授によれば⁷¹⁾、世話人の報酬を、当該世話人の主観的要素(資格別時間給)と客観的性質(利用者の資力などの3要素)に応じて画一的に決定し、報酬規定の体系化・統一化を図ることによって、世話人側としては現実の業務時間に関する後見裁判所への報告とその立証の手間が省けることになり、他方、後見裁判所側としても業務内容の妥当性や業務実態の有無(申告された業務時間と世話人の勤務実態が適合しているか否か)等に関するチェックコストが大きく削減されたとしている。また、従来非常に多かった世話人報酬に対する不服申立ての件数も減少しているといわれる。ただし職業世話人の側からは、こうした定額化が、同時に報酬の低額化につながっているとの批判も少なくないとされる。

5) 私 見

介護保険制度や障害者自立支援法の施行により福祉サービスの利用は、

措置から契約に転換した。また、高齢者に対する権利侵害、詐欺犯罪も増加し続け、平成17年6月の介護保険法の改正により高齢者に対する権利擁護事業が市町村の必須事業とされ、平成18年4月から高齢者虐待防止法が施行された。このような経緯において成年後見制度の役割はさらに広がってきた。

高齢者虐待防止法には、国、地方公共団体は成年後見制度が広く利用されるようにしなければならない旨を定め、障害者自立支援法においては、地域生活支援事業として障害者等の権利擁護のために必要な援助を行うことをあげ、厚生労働省は、そこに成年後見制度の利用促進を位置づけている。

制度が広く利用されるためには、制度利用に係る経済的負担を軽減するために費用を補助することが不可欠になってくる。しかし、既に述べたように公的な費用助成制度である成年後見利用支援事業における制度利用にかかる経費のほとんどが後見人の報酬には使われていない。費用補助制度を充実させ、制度をしっかりと機能させなくてはならない。

成年後見制度の利用を広めるためには、まず後見人の受け皿となる専門職後見人の確保が必要である。本人の資産がない場合に報酬が支払われないようでは、専門職後見人のなり手がいないのは当然である。公的な助成金で、専門職後見人に安定した報酬が支払われるようにすることは急務であると考ええる。

リーガル・サポートが行った会員に対するアンケート⁷²⁾によると、家庭裁判所が報酬に関して意見を聞いたり、報酬額の根拠について説明したりしたことはなく、また就任前または就任後に報酬額の提示を受けたりしたことがないという回答がある。また本人の資力から報酬がほとんど見込めないことが明らかであっても、家庭裁判所は何ら相談や説明をしなかったとある。さらに、本人死亡後の事務に関して、ほとんどが報酬の対象とされず、相続人の残余財産の引き渡しができず、長期にわたり財産を管理した場合や、相続財産管理人選任の申立手続きを行った場合に、全く報酬

が付与されなかった事実がある。日弁連のアンケート結果⁷³⁾からも、報酬の付与に際し、後見人等が家庭裁判所から全く意見を聞かれておらず、報酬額の計算根拠につき何らの説明もなされなかったという回答が大半を占めている。

後見人等は報酬額が知らされていないため、家庭裁判所が報酬を決定する過程において、どのような要因をどのように考慮しているのか分からず、被後見人の資力や具体的な後見事務の内容等を家庭裁判所が的確に把握し、適正かつ公平に報酬額を決めているのかという疑問を、多くの報酬付与審判の申立を経験した者が持っている⁷⁴⁾。また同じ内容の後見事務であっても裁判官により報酬額が違ったりするなど、不公平感を表す者もいる。

民法862条によれば、被後見人の資力の違いにより報酬額が異なってくる。それならばまず被後見人の資力により報酬基本額を決定すべきであると考え。資力のない被後見人に対しては、公的な助成金を当てる。こうすることで、後見人の職務に対しての報酬は確保される。また、被後見人の資力、つまり報酬額により、後見依頼を拒否することを禁止すれば、後見事務執行の公益的、社会福祉的要素は損なわれないのではないかと考える。

また専門職後見人は被後見人の財産管理が主な仕事となるが、後見人は被後見人の身上配慮義務(民法858条)を負い、身上監護に関連した職務も担っている。特に社会福祉士においては、後見人として担っている職務の中心は身上監護である⁷⁵⁾。身上監護事務は本人との定期的な面接や、家族や関係機関との調整等相当の労力を要する。裁判所が報酬付与をするか否か、および額の決定は後見人の行った後見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の支払いの申立は認められないというならば、報酬額決定の過程で身上監護事務およびそれに付随する事実行為⁷⁶⁾を軽視することなく、正当な評価を反映すべきである。具体的には、後見人が身上監護に要した時間、業務内容を裁判所に報告し、裁判所は業務内容等をチェックし、資格別の時間給を決定し、身上監護事務並びにそれに

付随する事実行為に関して報酬付与決定がなされることを提案する。

報酬過程の透明化，選定基準の明確化は後見人に対してだけではなく，本人や家族にとっても必要である。制度利用を検討している市民から問い合わせがあっても十分に回答できず⁷⁷⁾，また，支払い能力を超えた報酬の決定を恐れて利用を躊躇したりすることも考えられる。市民が安心して利用できる制度とするためにも，また専門職後見人の確保のためにも，安定した報酬と報酬額を算定する基準を明らかにする必要があると考える。

5. 医療同意権

本稿は後見人の職務を明確にし，報酬を明確にすることによって専門職後見人の拡充を目指すものである。医療契約の締結は後見人の職務範囲であるが，医療同意は職務範囲ではないため，後見人が苦悩の末やむを得ず，医療同意を被後見人に代わってした場合，当然に報酬には反映されない。また医療同意に関してどこまで関わるができるのか明確にしておかなければ，安心して職務を遂行することはできない。専門職後見人の拡充という視点から今一度後見人の医療同意権について検討する必要があると考える。

1) 医療現場の実状

医療を受ける場合には，医療契約を締結するほか，医療行為（医的侵襲を伴う）について同意することが必要である。この同意には本人の自己決定権に対する保証機能（同意の法理念的側面）と違法性阻却機能（同意の法技術的側面）がある⁷⁸⁾。また近年では自己決定権の尊重から，インフォームドコンセント（説明と同意）が強調されている点でも同意は必要とされている。

医療行為の同意は一身専属権であり，家族であろうと後見人であろうと他者がこの意思を代行することはできず，本人以外に同意・決定はできな

い。

しかし現状では、医療者側は親族にも同意を求め、また本人が何らかの状態で意思表示ができない場合の治療方針や延命処置などについての選択・決定を親族に求めている。医師の職業倫理指針には「患者に正常な判断能力がない場合、あるいは判断能力に疑いがある場合には、しかるべき家族や代理人、あるいは患者の利益擁護者に対して病状や治療内容を説明し、同意を得ておくことも大切である」⁷⁹⁾とされている。本来、親族の同意に法的根拠はないが、医療の現場では本人とあまり面識のない親族の同意を得て医療行為を行うなど、医療者側は親族の同意を重要視する傾向がある。

医療者側は同意がとれないと医療行為ができないために、本人が同意できない場合は親族、親族がない場合には成年後見人に同意を求めている。たとえば予防接種、胃潰瘍の手術、経口栄養、胃ろう造設、足の切断⁸⁰⁾など、身体への傷害や生命への危険性のある医療行為について後見人に同意を求められることがある。医学的知識の少ない後見人としては、医師が適切と判断する治療をしてもらえないというのが現状である。同意がなければ医療行為ができないと迫られて、やむなく同意書に署名したというケースもある。

後見人に医療同意権を付与するかどうかは制度発足時より議論されているが、未だ終結していない。医療者側は消極的な後見人の姿勢に不満をいただき、後見人は職務権限が不明確なまま、意思能力を喪失した本人を目の前にして、重い責任を負うことへの不安で悩み苦慮している。

以下、後見人の医療同意権付与に関して立法者の見解、学説について見ていき最後に私見を加えたいと思う。

2) 立法者の見解

法制審議会において「成年後見の場合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または未成年者等に対する

医的侵襲に関する決定・同意と共通する問題であり、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がたい現状の状況で、本人の自己決定およ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なまま、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同意・決定権、同意に関する規定を導入することは時期尚早である⁸¹⁾との結論に達した。

すなわち、この問題は医療行為についても本人の判断能力に問題がある場合における第三者の決定・同意全般に関する問題として、医療の倫理などに関する医療専門家等の十分な議論を経たうえで、将来の時間をかけた検討に基づいて慎重に立法の要否・適否を判断すべきであり、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委ねることとせざるをえないとされている。また医療に関する自己の問題として臓器移植、不妊手術、延命治療およびその中止、尊厳死などの問題についても、同様の理由から、今回の民法改正に際して成年後見の場面についてのみ決定権・同意権に関する規定を導入することは適当でないとされた⁸²⁾。

3) 学 説

(1) 同意権付与肯定説

能見教授は成年後見人には被後見人の生活・療養看護及び財産の管理に関する事務を行う義務があると考えべきとし、治療・手術などの極めて重要な意思決定は、本人に判断能力がある限りは本人が決定すべきであるが、本人に判断能力がない場合には成年後見人の決定権・同意権を認めるべきだとされている⁸³⁾。

須永教授も同じく、本人に意思能力がない場合には医療行為についての同意代行・代諾の機能が成年後見人に認められるべきだとされている。そして重大な医療行為に関しては家庭裁判所が職権で後見監督人を選任し医

療行為についての後見人等の処置に対する同意を得させるべきとされて、現行の民法858条を根拠としての解釈論のレベルで成年後見制度による対応が可能であることを主張されている⁸⁴⁾。

上山教授は、医的侵襲行為の範囲を一定限度内に制約したうえで、成年後見人等の同意権を認めるべきだとされる。すなわち危険性の少ない軽微な身体的侵襲、また身体的干渉の程度が比較的軽微であり、生命への直接的脅威も通常は存在しない治療行為に関しては、成年後見人等の同意権を認めるべきだとされている。これ以外の重大な医的侵襲行為についての最終決定は、現状では原則として、医療機関に留保されるべきであろうと主張される⁸⁵⁾。

床谷教授は、健康維持のための定期的な健康診断や、日常生活の中で通常生じ得る疾病・けが(風邪・骨折・歯痛など)については、それが客観的に必要と思われる限り、本人の意思に反する場合であっても(医者嫌い・検査嫌い)、成年後見人の判断で受診させ、通院・入院治療・リハビリを継続することができると考えてよいのではなかろうかとし、また逆に必要と思われないのに毎日のように医者に通い大量の薬をもらっているような場合、心身の状態に配慮するならば、後見人の判断でやめさせることができてもよいと主張されている⁸⁶⁾。

(2) 同意権付与否定説

道垣内教授は、立法者の見解に賛成され、入院契約の締結と医的侵襲に対する同意はそれぞれ独立のものなので、成年後見人には手術等の同意する義務もなければ権限もないとしている⁸⁷⁾。

水野教授も医療行為には単純なものから生命に関するものまで実に幅があり、それぞれの場合について本人の意思・家族の意思・後見人の意思がどう左右するのかという問題も緊急に議論を収束させて解決しなければならぬ課題ではあるものの、一応の合意を形成するまでの道はまだ険しいとされている⁸⁸⁾。

4) 法整備を求める動き

成年後見人の医療同意権に関して早急に法整備を求める意見が高まっている⁸⁹⁾。日本弁護士会による改善提言では、成年後見人に軽微な医療行為については同意権を与え、第三者機関として審査機関を設置することで、判断に迷う場合や、死亡の恐れや重大かつ長期に及ぶ障害の発生する恐れのある医療行為については審査期間の許可事項とすべきとしている。また、重大な医療行為については裁判所の許可事項とする提案もなされている⁹⁰⁾。

赤沼教授は第三者が医療行為を代諾することのできる法制度を創設すべきだとされている。しかし当面、治療行為における第三者の代行決定の運用を行いその検証のうえで、さらに検討を行うことが必要とされている⁹¹⁾。

リーガルサポートのアンケート調査による同意権付与を肯定する見解では、同意権が後見人に付与されるには重大な医療行為について検討する第三者機関の設置が必要であるとしている。同意権付与を否定する見解においては、医師あるいは医療機関の責任において解決されるべき問題であり、個々の医師あるいは医療機関のみで対応できない問題については、医療機関が中心となって審査機関を設置し、その中で解決されるべきだとしている⁹²⁾。また、医療同意法の提言もなされ、本人が医療行為の同意について判断する能力を喪失した場合に、本人の医療を受ける権利を保障するために、本人以外の者が代行決定できるような法律を制定する必要があるとしている。しかし、この提言は、すべての医療行為について代行決定者に決定権限を与えつつも、重大な医療行為については裁判所の許可を得ることを条件としている⁹³⁾。

日本成年後見法学会の提言として、後見人には通常の医療行為における同意権を与え、重大な医療行為や成年後見人が判断に迷う場合の審議決定する機関を設置し、その決定に不服のある場合は、裁判所に不服申し立てられるものとすべきであるとしている⁹⁴⁾。

5) 私 見

後見人に医療同意権を付与すべきかどうかは本制度成立過程においても議論されてきており、未だ終結を迎えず、将来の課題として見送られている。医療同意の問題は、一身専属権である医療行為に、同意する能力が低下または喪失した場合に、どのような法理・方策によって、本人への医療行為を可能にさせるかということである。現行法上は、本人以外に権限を持って同意できる人間は存在しないとされている。もちろん、家族についても同様であり、成年後見人にも医療同意権はないとし、医療上の緊急性がある場合は緊急避難などの一般法理にゆだねるという見解である。

前述のように医療同意権に関しては立法者の見解に賛成する説、同意権肯定説、限定的同意権肯定説、法整備を求める説がある。

まず、立法者の見解であるが、医療契約締結のための法定代理権と医療同意権を明確に区分し、医療同意権は後見人の権限外としている。また立法者の見解に賛成する説には、成年後見人には医療同意する義務もなければ、権限もないとしている。

一方、同意権を付与すべきという見解には、成年後見人には療養看護に関する義務が課されており、医療・診療契約を行う権限があるので、本人に判断能力がない場合は、成年後見人の決定権・同意権を認めるべきとしている。医療同意の権限がないのではこの職務を果たすことができないという観点である。

しかし、筆者は医療行為の同意は、医療契約締結の延長線上にあるのではなく、契約行為の一環でもないとする。この「同意」により、傷害行為に対する違法性が阻却されるのである。この自己の身体に対する傷害等の行為を許可する「同意」をなし得るのは、原則的には傷害行為を受け入れる本人のみということになる。よって立法者の見解のように法定代理権と医療同意権は明確に区分されなければならない、医療同意権は後見人の権限外と考える。この同意は一身専属権であり、第三者に付与できないと考える。

成年後見人に医療同意権を認めるということは、成年後見人は法的権限を持つことになり、今まで親族の同意を優先に行ってきた医療者側は、法的権限を持つ後見人を優先にせざるを得なくなる。親族と後見人の意向が異なる場合には医療現場において非常な混乱を招くのではないかと思う。また、医学的知識の少ない成年後見人に決定権・同意権を付与することは、過大な負担を課することになると考える。本人の財産に応じて報酬額が決定し、極端に報酬額が低くなる場合もありうる現状においては、成年後見人に医療同意権を認めるべきではないであろう。

しかし前述のように医療現場では親族がいない場合には成年後見人に同意を求め、同意がないと医療を行うことができないと迫られ成年後見人は困難な立場に立たされている現状がある。医療者側からは、後見人の消極的な姿勢に不満を持ち、また誰から同意を得たらいいのか不明確であり医療の現場に混乱を招いているのも事実である。

現実には後見人が同意して医療を受けさせた場合、親族の同意と同じように社会的相当性の観点から違法性は阻却されるであろうが、明確な基準もない現状では非常に不安定であると言える。

しかし、ここで後見人に全面的に医療同意権を認めないなら、医療行為を必要とする者が同意する者がいないために医療を受けられないという問題が発生してくるだろう。また医療者側も同意なくして医療行為を行ったと非難されないように、消極的な立場をとらざるを得なくなるかも知れない。医療を受ける権利は皆平等であり同意する者がいないため医療を受けられないという事態は医療を受ける権利の侵害である。また家族や親族がいなければ十分な医療を受けられないのは著しく不平等である。原則として成年後見人に医療同意権はないが、上山教授が述べるように、危険性の少ない軽微な身体的侵襲、また身体的干渉の程度が比較的軽微であり生命への直接的脅威も通常は存在しないことに関しては例外的に成年後見人等の同意権を認めてもいいと考える。もちろん、この医療行為の範囲で同意権を認めるならば、同意権の範囲や内容、重大な医療行為と軽微な医療行

為の具体的な区分, 判断基準と責任の範囲, 親族と第三者後見人との関係等を明確にしなくてはならない。

重大な医療行為については, 医療機関の責任においてなされるべきであると考えが, 全面的に医療者側に任せると, 意思能力を無くした患者に不合理な医療や人権を無視した医療が行われる恐れもあり不安が残る。

原則として成年後見人には医療同意権はないが, 必要な治療内容の説明を聞き, 手術の内容やリスクの有無・程度, 代替的措置の有無, 適切な医療が施されているのかの見守りや監視・監督を行うことは, 身上配慮義務から, あるいは医療契約を締結する前提として成年後見人の職務の一環として, この方面で関与していくことができるだろう。この関与の仕方により, 少なくとも医療機関側の不適切な医療行為は防ぐことができ, 成年後見人に医療同意権を認めなくても, 後見人としての職務は十分果たせるのではないかと考える。

この問題は最終的には立法による解決が必要であるが, 誰に同意権を与えるのか, 意思決定の代行を誰がするのかということではなく, 意思決定ができなくなった人をどのように保護するのか, 守ってあげるのかという視点で考える問題ではないかと思う。

6. 結びにかえて

成年後見制度は発足以来, 種々な問題点, 課題が浮上し議論されてきた。運用上の工夫では限界があり, 法改正が必要な課題も山積している。その中で今回は専門職後見人不足という問題に焦点を当て, 後見人の職務権限と報酬, さらに職務権限で問題となっている医療同意について述べてきた。私見としては現在の後見人の報酬は被後見人の資力などにより決定されているので, 後見人に医療同意権を付与し任務を拡大すると, これ以上大幅な増額が望めない後見人の報酬では, 職務の対価としては相当でないと考える。現在の報酬では後見人のなり手増加は見込めないであろう。その上

に同意権を付与するという責務を課するのは、ますます後見人不足に拍車をかけるようなものである。

成年後見制度の周知・普及を促進するための対策や事業は行われているが、まず、供給体制を整えなければ、需要にも応えられないであろう。したがって後見人不足についての対策は急務である。

制度を利用する必要性は、保有する財産の多少で決定されるものではない。今後、制度を必要とするすべての国民が利用できるように、また判断能力の低下した者の権利擁護の観点から、より利用しやすい制度としていく必要があるであろう。

- 1) 厚生労働省「平成20年度高齢者虐待の防止、高齢者の養護者に対する支援等に関する法律に基づく対応状況等に関する調査結果」参照（2009年11月）厚生省 HP（アクセス；2010年2月15日）<http://www.mhlw.go.jp/stf/houdou/2r9852000002mce.html>
- 2) 国民生活センター報道発表資料「判断能力が不十分な消費者に係る契約トラブル 認知症高齢者を中心に」参照（2008年9月）国民生活センター HP（アクセス；2010年2月15日）http://www.kokusen.go.jp/news/data/n-20080904_1.html
- 3) 警察庁発表資料「『振り込み詐欺（恐喝）』の認知・検挙状況等について（平成21年1～11月）」参照（2009.12）（アクセス；2010年2月15日）http://www.npa.go.jp/souse/souni7/furikomeH21_11.pdf
- 4) 厚生労働省「平成17年度高齢者の住宅と生活環境に関する意識調査（概要版）」1頁参照厚生省 HP（アクセス；2010年2月15日）http://www8.cao.go.jp/kourei/ishiki/h17_sougou/index.html
- 5) 日本経済新聞朝刊（2005年10月18日）38頁参照
- 6) 本稿でいう専門職後見人の専門性とは、本来、各資格職の職能に関する専門性（弁護士であれば法律分野等）を示しているにすぎず、必ずしも成年後見職務それ自体に対する専門性を言うのではない。（上山泰「専門職後見人の現状と市民後見人システムの拡充に向けて」実践成年後見28号（2009）63頁参照）
- 7) 平成20年最終時点における社団法人成年後見センター・リーガルサポート（司法書士の職能団体）の会員数は4,702名、後見人等候補者名簿の登載会員は2,986人（社団法人センター・リーガルサポート「平成20年度事業報告」社団法人センター・リーガルサポート HP 2頁参照（アクセス；2010年2月15日）http://www.regal-support.or.jp/information/index_H20houkoku.pdf）、平成21年度8月時点における権利擁護センターぱあとなあ（社会福祉士の職能団体）の名簿登録者は、3,506人（社会福祉協議会「権利擁護センターぱあとなあ受任状況」社会福祉協議会 HP 参照（アクセス；2010年2月15日）<http://www.jacsw.or.jp/contents/kenri/juninjoukyou/0908.html>）、後見人の候補者として全国の弁護士会に登録されているのが約3,000人（平成18年度時点）（日本成年後見法学会『市町村にお

ける権利擁護のあり方に関する研究会平成18年度報告書』(2007)10頁参照日本成年後見法学会 HP 市町村における権利擁護機能のあり方に関する研究委員会(アクセス;2010年2月15日) <http://jaga.gr.jp/pdf/H18kenken.pdf>)

- 8) 平成20年最終時点における社団法人成年後見センター・リーガルサポートにおける法定後見人兼任件数(監督人兼任を除く)と任意後見人及び任意代理人兼任件数は、7000件を超過(社団法人センター・リーガルサポート・前掲7)1頁参照) 平成21年8月時点における権利擁護センターばあとなあでの受任件数は、5,511件(社会福祉協議会・前掲7)参照)等。
- 9) 上山泰『専門職後見人と身上監護』(民事法研究会2009)53頁参照
- 10) 上山・前掲9)22頁,245頁参照
- 11) 大塚昭男『『成年後見関係事件概況』を読む』月報司法書士451号(2009)70頁参照
- 12) 日本経済新聞夕刊(2001年8月30日)17面参照
- 13) 平山馨「家庭裁判所における成年後見制度の運用の実状」実践成年後見31号(2009)73頁,大塚昭男『『成年後見関係事件概況』を読む』月報司法書士428号(2007)53頁等参照
- 14) 矢頭範之「リーガルサポートの役割と市民後見人の養成」月報司法書士437号(2008)78頁参照
- 15) 上山・前掲9)230頁参照
- 16) 大貫正男「成年後見制度～法制度から10周年の実践を振り返って」リーガルサポート設立10周年記念シンポジウム配布資料(2009)1頁
- 17) 最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況」に基づき作成(最高裁判所 HP(アクセス;2010年2月15日) <http://www.courts.go.jp/about/siryu/kouken.html>)
- 18) 最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況」に基づき作成。同上
- 19) 最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況」に基づき作成。 ”
- 20) 西川浩之「リーガルサポートの成年後見人等育成のための研修」実践成年後見18号(2006)45頁参照
- 21) 木暮高久「第2回国際シンポジウム『日本とドイツの成年後見制度』」月報司法書369号(2002)46頁
- 22) 最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況」に基づき作成。同上
- 23) 最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況」に基づき作成。 ”
- 24) 日本成年後見法学会・前掲7)11頁
- 25) 日本成年後見法学会・前掲7)38頁
- 26) 上山・前掲6)71頁参照
- 27) 上山・前掲6)71頁参照
- 28) 大阪市後見の支援研究会「大阪市後見の支援研究会報告書～成年後見制度を有効に活用する仕組みづくりに向けた提言～(平成19年3月)」5頁(アクセス;2010年2月15日) <http://www.wel-osaka.jp/kouken/data/houkoku.pdf>
- 29) 大阪市後見の支援研究会・前掲28)5頁参照
- 30) 日本成年後見法学会・前掲7)13頁表「市民後見人と専門職後見人の業務の類系化」より抜粋。

成年後見人の職務と報酬（清家）

- 31) 社団法人成年後見センター・リーガルサポート『成年後見教室 実務実践編』（日本加除出版2009）20～26頁参照
- 32) 社団法人成年後見センター・リーガルサポート・前掲31）29頁参照
- 33) 福岡家庭裁判所発行のパンフレット「成年後見人のためのQ&A（平成17年度版）」2頁（アクセス；2010年2月15日）<http://5f.biglobe.ne.jp/~csw/koukennin-Q&A.pdf>
- 34) 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）139～140頁参照
- 35) 小林＝大門・前掲34）141～142頁
- 36) 小林＝大門・前掲34）143頁
- 37) 小林＝大門・前掲34）141～144頁
- 38) 社団法人成年後見センター・リーガルサポート・前掲31）54頁参照
- 39) 社団法人成年後見センター・リーガルサポート・前掲31）63～64頁参照
- 40) 社団法人成年後見センター・リーガルサポート・前掲31）63～64頁参照
- 41) 社団法人成年後見センター・リーガルサポート・前掲31）67～68頁参照
- 42) 社団法人成年後見センター・リーガルサポート・前掲31）68～69頁参照
- 43) 於保不二雄＝中川淳編『新版注釈民法（25）』（有斐閣2004）437～438頁参照 [中川淳]
- 44) 於保＝中川編・前掲43）437頁
- 45) 於保＝中川編・前掲43）437～438頁参照
- 46) 於保＝中川編・前掲43）437頁参照
- 47) 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]
- 48) 於保＝中川編・前掲43）437頁参照
- 49) 島津＝松川編・前掲47）265頁
- 50) 於保＝中川編・前掲43）437頁参照
- 51) 於保＝中川編・前掲43）438頁
- 52) 上山・前掲9）246頁
- 53) 於保＝中川編・前掲43）438頁
- 54) 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2006）[赤沼康弘]
- 55) 於保＝中川編・前掲43）438頁
- 56) 日本成年後見法学会「身上監護研究会平成19年報告書」18頁参照（アクセス；2010年2月15日）日本成年後見法学会 HP 身上監護研究会 <http://jaga.gr.jp/pdf/H19shinjokango.pdf>
- 57) 日本成年後見法学会・前掲56）19頁参照
- 58) 日本成年後見法学会・前掲56）22頁の「報酬付与審判の申立てを行っていない主な理由」より抜粋。
- 59) 最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況」に基づき作成。同上
- 60) 日本成年後見法学会・前掲56）19頁円グラフ「有効回答表の職種別割合」に基づき作成。
- 61) 社団法人成年後見センター・リーガルサポート・前掲31）81頁～82頁参照

- 62) 社団法人成年後見センター・リーガルサポート・前掲31) 82頁
- 63) 上山・前掲9) 244頁参照
- 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頁~109頁参照
- 65) 2009年11月4日,司法書士法人アクティブイノベーション大阪支部にて,同年12月1日,京都司法書士会にて成年後見センター・リーガルサポート京都支部副支部長中西正人氏にヒアリングを行った。
- 66) 日本成年後見法学会・前掲56) 22頁に掲載されている表を参照し作成。
- 67) 上山・前掲1) 68頁
- 68) 芳賀裕「ドイツにおける成年後見制度」月報司法書士434号(2008)75頁参照
- 69) 上山・前掲6) 69頁参照
- 70) 上山・前掲6) 69頁参照
- 71) 上山・前掲6) 70頁
- 72) 社団法人成年後見センター・リーガルサポート「成年後見制度改善に向けての提言」(2005年10月1日)18頁参照
社団法人成年後見センター・リーガルサポート HP(アクセス;2010年2月15日)
http://www.legal-support.or.jp/act/index_pdf
- 73) 日本弁護士連合会「成年後見人に関する改善提言」(2005年5月6日)14~15頁参照
日弁連 HP(アクセス;2010年2月10日) http://www.nichibennren.or.jp/opinion/report/data/2005_31.pdf
- 74) 社団法人成年後見センター・リーガルサポート・前掲72) 15頁参照
- 75) 日本弁護士連合会・前掲73) 16頁参照
- 76) 身上監護事務に付随する事実行為は後見人の職務範囲である。入院を具体例に挙げると,入院契約のための情報収集や本人への説明・意思確認,また家族等との連絡調整,さらには医師等へ本人に関する情報の提供,病状や検査結果の確認等が事実行為となる。(上山・前掲9)108~109頁参照)
- 77) 社団法人成年後見センター・リーガルサポート・前掲72) 19頁参照
- 78) 上山泰「患者の同意に関する法的問題点」西山註=新井誠『成年後見と意思能力』(日本評論社2003)14~15頁参照
- 79) 会員の倫理・資質向上委員会「医師の職業倫理指針[改訂版]」(2008年6月)4頁
日本医師会 HP(アクセス;2010年2月15日) http://dl.med.or.jp/dl-med/teireikaiken/20080910_1.pdf
- 80) 日本弁護士連合会・前掲78) 18頁,赤沼康弘「福祉サービスと医療行為」月刊福祉6号(2009)44頁参照。
- 81) 小林=大門・前掲34) 145頁
- 82) 小林=大門・前掲34) 145頁参照
- 83) 四宮和夫=能見善久『民法総則第5版増補版』(弘文堂2000)402~403頁参照
- 84) 須永醇「成年後見制度について」法と精神医療17号(2003)31~33頁参照
- 85) 上山・前掲9) 120~121頁参照

成年後見人の職務と報酬（清家）

- 86) 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（2000）547～548頁参照
- 87) 道垣内弘人「成年後見制度の実務上の諸問題」ジュリスト1211号（2001）29頁参照
- 88) 水野紀子「後見人の身上監護事務」判例タイムズ1030号（2000）97頁参照
- 89) 額田洋＝泰悟志『Q & A 成年後見制度解説第2版』（三省堂2003）213頁等参照。また、2009年8月29日開催シンポジウム「必要な医療がほしい！ 看取り介護と終末期医療」で報告された1～12月に日弁連が単位会を通じて行ったアンケート結果では、成年後見経験弁護士の6割が医療同意の法整備「必要」と答えた。（CBnews「成年後見経験の弁護士の約6割、医療同意の法整備「必要」」キャリアブレイン（アクセス；2010年2月15日）<https://www.cabrain.net/news/regist.dojsessinnid>）
- 90) 日本弁護士連合会・前掲73）19～20頁参照
- 91) 赤沼・前掲80）44～45頁参照
- 92) 社団法人成年後見センター・リーガルサポート・前掲72）18頁参照
- 93) 社団法人成年後見センター・リーガルサポート「医療行為の同意についての中間報告書」（2009年11月25日）9頁参照社団法人成年後見センター・リーガルサポート HP 医療同意委員会（アクセス；2010年2月15日）http://www/legal-support.or.jp/data/091225_tyuukanhoukokusyo.pdf
- 94) 成年後見法学会「法定後見実務改善と制度改正のための提言」（2008年7月）16～20頁参照成年後見法学会 HP 制度改正研究委員会（アクセス；2010年2月15日）http://jaga.ge.jp/pdf/H19_seidokaisei.pdf