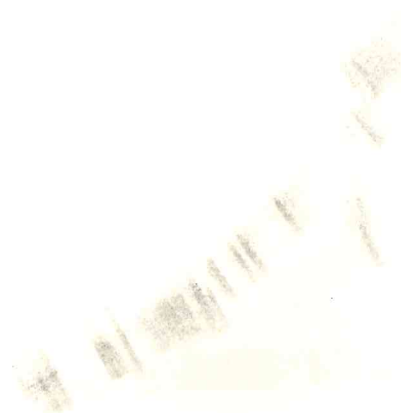


第 1 編

制度の概要



第1章 成年後見制度の全体像

成年後見制度とは、そもそもどのような制度なのでしょう。私たちは、自由で公正な契約社会に暮らしています。契約は、十分な判断能力を備え、個々の契約を締結することの意味内容を理解した上で、適切な意思決定ができないと有効に成立させることができません。しかし、認知症を患う高齢者や、生まれながらにして障害を持つ人々の中には、判断能力が不十分なために、このような適切な意思決定を自ら行うことには困難を伴う人々も少なくなく、とすれば、社会的に弱い立場に置かれがちになります。そこで、こうした弱い立場に置かれがちな人々が、契約社会にあって、健全な人々と、共に暮らし、共に生きていくためには、契約等の法律行為（意思表示により法律上の効果が発生・変更・消滅する行為）に対する支援（以下、本編ではこれを「法的な支援」といいます。）が必要となるわけです。この法的な支援を、公的な監督という良質な安全装置付きで実現するための制度が、成年後見制度です。

わが国は、令和2年10月1日現在、総人口に占める65歳以上の人の割合を示す高齢化率が既に28.8%（内閣府「令和3年版高齢社会白書」）に達する世界一の超高齢社会となっており、成年後見制度の重要性が益々高まっていくことが予想されます。そのため、成年後見制度の利用の促進に向けた取組を一層強化する必要がありますので、成年後見制度の利用の促進に関する法律（平成28年法律第29号。以下「利用促進法」といいます。）が制定されるとともに、現在、同法12条に基づき策定された成年後見制度利用促進基本計画（第一期及び第二期計画）に沿った諸施策が実施されています。

第1 制度の基本理念を理解する

成年後見制度は、ノーマライゼーション・自己決定権の尊重・身上保護の重視という三つの基本理念の上に構築されています。ここにいう基本理念とは、成年後見人等としての職務を遂行するに際しては、常に忘れてはならない、根本的な考え方のことです。一つ目のノーマライゼーションというのは、障害を持つ人であっても、障害を持たない人と共に、通常の生活を営むことができる社会を構築しようとする考え方です。障害があっても、なくても、誰もが、共に暮らし、共に生きることを共通の目標とする考え方と理解することができます。先述したように、判断能力が不十分な状況にあることから社会的に弱い立場に置かれがちな人々が、健全な人々と、共に暮らし、共に生きていくための法的な支援を行うのが、成年後見制度ですので、このノーマライゼーションの理念は、制度の基本理念の中でも最初に持ってくるべき理念であると解されます。次の自己決定権の尊重は、読んで字のごとしで、たとえ、

判断能力が不十分な状況にあったとしても、本人の意思や好み（Will and Preference）を尊重すべきとする理念です。そして、最後の身上保護の重視は、順番は最後ですが、成年後見制度の本質を理解する上で重要な理念となっています。というのは、成年後見制度は、かつての明治民法下における禁治産制度や準禁治産制度のような、家制度を守るために、家の財産である家産の維持を目的とする制度ではなく、誰もが、最期まで、人としての尊厳を保ちながら、その人らしく暮らし続けられるよう支援するための制度だからです。したがって、本人が有する「財産」を本人が属する家のために、単に、維持保全するのではなく、本人の身上、すなわち、生活・医療・介護・福祉等の状況にも目を配りながら、むしろ、本人の財産を本人らしい生活の質（QOL = Quality of Life）の維持・向上のために有効に活用していくことを重視しようとするのが、この身上保護の重視という理念です。冒頭に述べたように、成年後見人等として、その職務を遂行するに際しては、常に、この三つの基本理念を頭の中で反芻しつつ、自らの実務に反映されているかどうかを検証してみることが重要です。なお、ノーマライゼーションを前提とする、自己決定権の尊重と身上保護の重視という理念は、成年後見人等として履行すべき、法律上の義務でもあることを明確にするため、民法及び任意後見契約に関する法律に明文化（民858・876の5①・876の10①、任意後見6）されています。この義務は、本人意思尊重義務、身上配慮義務と呼ばれ、委任契約の受任者に課せられた善良な管理者の注意義務（民644）を敷衍させた高度な義務であると解されています。

第2 制度の守備範囲を確認する

それでは、成年後見制度は、どのような事柄をその守備範囲としているのでしょうか。ここでいう守備範囲とは、成年後見人等の職務の範囲のことをいいます。

1 成年後見人等の職務の種類

成年後見人等の職務には、大きく、身上保護事務と財産管理事務の2種類があります。身上保護事務というのは、制度の利用者本人の生活と療養看護、すなわち、生活・医療・介護・福祉等の充実に向けた法的な支援を行う事務のことをいいます。これに対し、財産管理事務は、利用者本人の財産を適切に管理活用するための法的な支援を行う事務のことです。

このうち、身上保護事務は、保有する財産の多寡とは関係なく、たとえ、判断能力

が不十分な状況にあっても、およそ人として、尊厳を維持した暮らしを営み続けるために欠かすことのできない必須の事務といえますので、成年後見人等の職務の中心は、この身上保護事務にあると理解することができましょう。そして、この身上保護の充実に向けて、本人の有する財産を、いわば、その手段として、適切に管理し、有効に活用していくためにはどうしたらよいのかについての工夫を凝らしていくこと、これが、成年後見人等の職務の全体像と捉えることができます。

なお、従来は、生活と療養看護に関する事務について身上監護という言葉が使われてきましたが、この監護という用語は、監督と保護を意味し、未成年者に対する親権者の監護及び教育に関する権利義務（民820）や懲戒権（民822）等を根拠とするものであり、成年者に対して使用する場合にはふさわしくない用語と考えられることなどから、前述の利用促進法では、保護（利用促進法3）と規定されることとなりました。今後は、こうした趣旨を尊重して、成年後見制度の運用に際しては、身上監護ではなく、身上保護という用語を使用していくべきでありましょう。

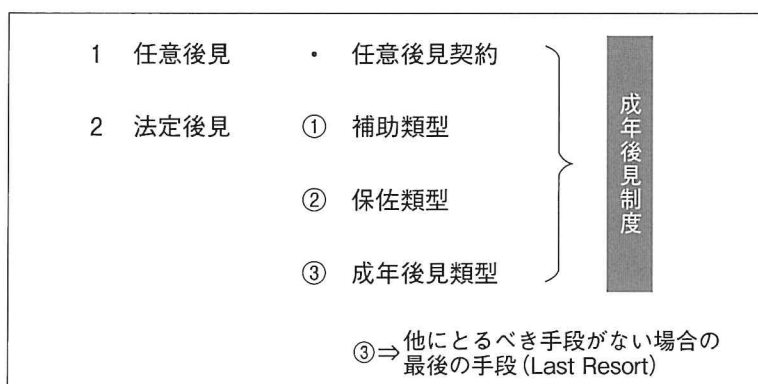
2 成年後見人等の職務の範囲

なお、成年後見人等の職務の核となる部分は前述の法的な支援にありますが、例えば、自らでは食事の支度ができない人を支援するに際しては、成年後見人等は、その職務の一環として、本人のために適切な配食サービス事業者等と契約を締結することになります。しかし、そのためには、どの事業者が適切なのかについて、電話をしたり、ときには、直接足を運んだり、法的な支援以外の行為（これを「事実行為」といいます。）も行いつつ探し出す事務が必要となります。このように、法的な支援を行うためには、その準備等に当たり、相応の範囲の事実行為が必要となりますので、こうした、法的な支援に付随する事実行為もまた、成年後見人等の職務に含まれるものと解されています。ただし、成年後見人等の職務の範囲は、あくまで、法的な支援に付随する事実行為までであり、料理を作るとか、介護を行うといった、純粋な事実行為は、その職務の範囲外であることにも留意する必要があります。

第3 制度の仕組みを把握する

ところで、成年後見制度には、図1のように、任意後見と法定後見の2種類があり、法定後見には、更に補助・保佐・成年後見の3類型が用意されています。

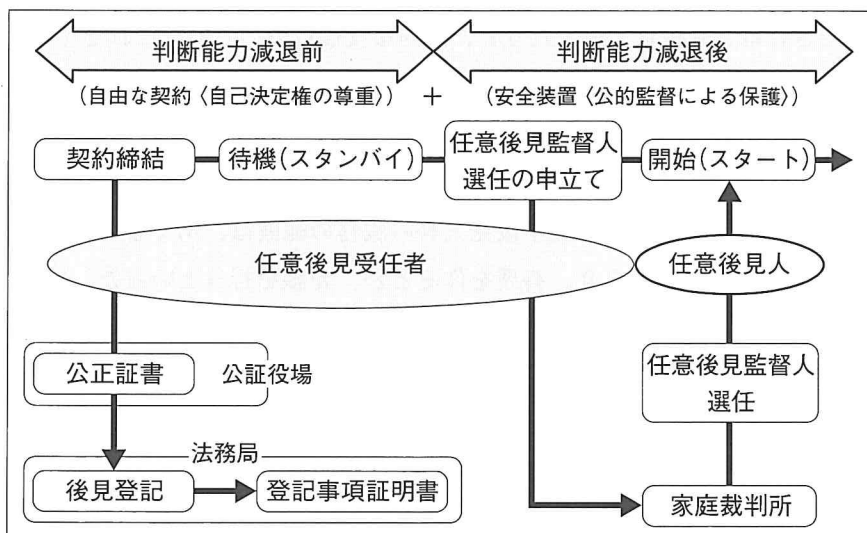
図1 成年後見制度の全体像



1 任意後見の仕組み

このうち、本書で取り扱う任意後見は、能力が減退する前に、能力が減退した際の支援者（任意後見人）と、支援の内容（任意後見事務）を、あらかじめ自己決定して、自由な契約により定めておく私的自治に基づく制度ですが、能力が減退した後は、家庭裁判所が選任する任意後見監督人による公的な保護も受けられる、従来からの任意代理に監督という安全装置を付加した、超高齢社会には不可欠ともいえる制度です。任意の名称は、法律の定めによるのではなく、当事者の自由意思に基づくものであることに由来しています。

図2 任意後見制度の仕組み



任意後見制度は、この図2のような仕組みになっています。すなわち、判断能力減退前に、万一の能力減退に備え、自己決定により信頼できる人を選定し、その人との

間で自由な契約（任意後見契約）を締結します。契約の委任者を本人、契約の受任者を任意後見受任者といいます（任意後見2二・三）。しかし、契約を締結したからといって、すぐに任意後見が開始（スタート）するわけではありません。任意後見契約は、万一の能力減退に備え事前準備をしておく仕組みですので、判断能力の減退前には支援を受ける必要がないからです。任意後見受任者は、本人の万一の能力減退に備え、本人の傍らで待機（スタンバイ）するだけとなります。

その後、本人の能力が減退した際には、任意後見受任者が本人に対する支援を開始（スタート）させるわけですが、任意後見受任者は、自動的に任意後見人となり支援を開始（スタート）させることができるわけではありません。任意後見受任者が、任意後見人となり、支援をスタートさせるには、必ず、家庭裁判所に自らを監督してくれる任意後見監督人の選任の申立てをしなければなりません。そして、この任意後見監督人が選任された時に、任意後見受任者は、待機（スタンバイ）状態が解かれ、任意後見人となって、支援を開始（スタート）させることができますようになります（任意後見4①）。

このような仕組みになっている理由は、任意後見契約が開始（スタート）するのは、本人の判断能力が減退してからですので、万が一にも、任意後見人が横領等の不正な行為をしたり、必要な行為を怠ったりしても、本人自らは、任意後見人を制御（コントロール）することが困難となるため、例外なく、家庭裁判所という公的な機関が選任する監督人が本人の代わりに、任意後見人を適正にコントロールできるようにするためです。家庭裁判所は、任意後見人に不正な行為、著しい不行跡その他その任務に適しない事由があるときは、任意後見監督人等の請求により、任意後見人を解任して強制的に辞めさせることもできます（任意後見8）。また、任意後見契約は必ず公証人が作成する公証証書によらなければなりません。本人の判断能力の減退後にスタートする任意後見では、契約内容の確実さを担保する必要があるためです。加えて、任意後見では、契約内容は登記（後見登記5）され、その内容を登記事項証明書の交付を受けて公に証明できるようになっています（後見登記10）。任意後見制度が、私的自治に基づく自由な任意代理に監督という安全装置を付加した、超高齢社会に不可欠ともいえる制度となっている根拠は、このような仕組みに基づいています。

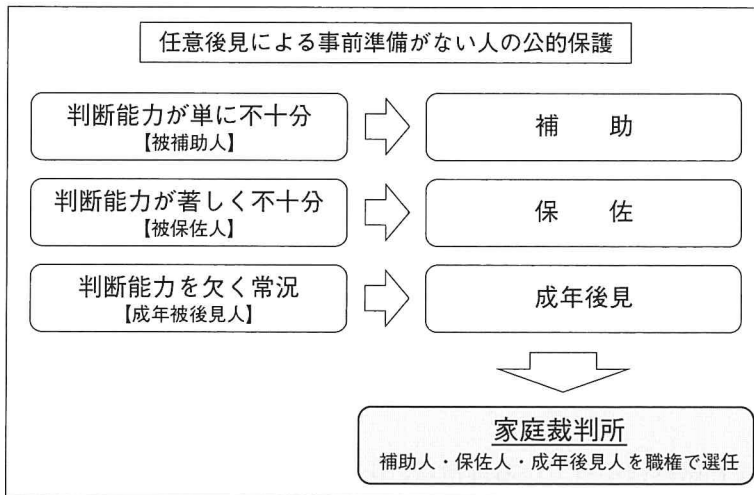
2 法定後見の仕組み

これに対し、法定後見は、任意後見の準備が整わないうちに判断能力が減退してしまった人や、障害等により、生まれながらにして、判断能力が不十分なために、任意後見を利用することができない人を公的に保護するための制度です。法定の名称は、法律の定めに基づき支援者を選任し、選任された支援者が法律に定められた事務（後

見等事務)を行うことに由来しています。

法定後見には、前述しましたが、図3のように、更に補助・保佐・成年後見という三つの類型が用意されています。

図3 法定後見制度の仕組み



法定後見の詳細については、本書の姉妹書である『成年後見の実務－フローチャートとポイント－』（公益社団法人成年後見センター・リーガルサポート編集（新日本法規出版、2020））をご覧ください。

第4 成年後見制度の特徴を把握する

冒頭に述べたとおり、成年後見制度の利用者は、社会的に弱い立場に置かれがちとなります。こうした人々に対する法的な支援を行うに当たっては、安全装置の付いた支援が必要であることは言うまでもありません。この安全装置を、公的な機関による監督という仕組みを通して品質を高めながら担保しようとする制度、それが成年後見制度です。このように、成年後見制度の最たる特徴は、公的監督という高品質な安全装置を提供する仕組みにあることを、今一度、押さえておいていただきたいと思います。

第5 制度に対する誤解を確認する

成年後見制度に関しては、数々の誤解が生じています。ここでは代表的な誤解について確認してみることとします。

1 不正を招く制度との誤解

成年後見制度は、不正の多い制度であるといった内容の報道等に触れることも少なくありません。確かに、平成26年には、831件、56億7,000万円もの金額が、成年後見人等により横領されていた事実が明るみに出たことは、記憶に新しいところです。しかし、こうした事実が明るみに出たのは、成年後見制度の運用が適切に行われ、公的な監督という良質な安全装置が機能した結果と見るのが、適切な見方ではないでしょうか。成年後見制度に対する多くの批判的な意見や報道内容を精査してみると、あたかも制度そのものに欠陥があるかのような誤解に起因すると思われるものも少なくないように思われます。残念ながら、令和2年にあっても186件、7億9,000万円の不正事案が明るみに出ていますが、成年後見制度における不正事案は、件数・金額ともに、年々着実に減少しています。これは、成年後見制度には監督という安全装置が取り付けられたからこそであり、こうした安全装置の付かない従来からの任意代理等による仕組みを利用していたとすれば、不正事案がこのように減少することはなかった可能性があることに着目するべきでありましょう。

2 社会参加を困難にする制度との誤解

また、成年後見制度を利用すると選挙権や公務員の地位を喪失することとなり、社会参加を困難にするスティグマ（不名誉・屈辱）を引き起こすとの指摘もありました。しかし、これらについては、その後、公職選挙法（公職選挙法11）の改正や、成年後見制度適正化法（成年被後見人等の権利の制限に係る措置の適正化等を図るための関係法律の整備に関する法律）の成立により、様々な法律に規定されていた、成年被後見人や被保佐人になることを欠格事由として一律に各資格等から排除する、いわゆる絶対的欠格条項は基本的に全面撤廃されるところとなっています。

3 英米では任意後見制度は使わないとの誤解

英米では、持続的代理権（永続的代理権）という制度を利用し、任意後見制度は使わないといった誤解もあります。

これは、わが国の任意後見制度は、英米の持続的代理権（永続的代理権）の制度を更に発展させた制度であることを看過した誤解といえます。ここで注意すべきは、英米をはじめとする世界の潮流は、前述の図1で示した成年後見制度の全体像のうち、裁判所の判断で支援者が選ばれる法定後見（特に支援者に包括的な権限が付与される成年後見類型）は、可能な限り使わなくても済むように、代替となる事前準備の仕組みを活用すべきとするところにあるところ、わが国の任意後見制度は、その活用すべ

き事前準備の仕組みの一つであるということです。持続的代理権（永続的代理権）については、本編第2章第5 1で触れることとします。

4 成年後見制度を利用すると財産が凍結されとの誤解

成年後見制度は、第1で述べたとおり、自己決定権の尊重を基本理念とし、たとえ能力が低下しても本人の意思をできる限り尊重しながら、本人の財産を、本人の身上にも配慮しつつ、本人の意思や好み（Will and Preference）に従い管理活用することを目的とする制度です。とりわけ、任意後見では、健常時に託された意思や好み、いわば、冷凍保存され（このことは意思凍結機能とも呼ばれます。）、能力低下時に解凍された後は、公的な監督という安全装置の下で、確実に実行される仕組みが備わっています。ただし、任意後見の事前準備をすることなく（又はすることができないため）、あるいは、補助類型や保佐類型を利用することなく、判断能力を欠く常況となり、成年後見類型を利用しなければならない状況にある人については、どのような工夫を試みても本人の意思や好みを推測すらできない場面に遭遇することもあり得ます。このような場面にあっては、誰から見ても本人の最善の利益（Best Interests）に適う方法を超えては財産の管理活用を図ることは困難です。財産が凍結されとする誤解の多くは、このような場面における制度の運用に起因していることが少なくありません。

第6 能力概念の異同を理解する

これまで、判断能力という言葉、何気なく使用してきましたが、ここでは、判断能力とは何かについて、図4を用いて少し詳しく整理してみたいと思います。また、意思能力という言葉もありますが、両者は異なる概念として使用されていますので、成年後見制度の担い手となる際に知っておくべき両者の異同についても見ていきたいと思います。

1 判断能力とは

判断能力は、事理を弁識する能力（民7・11・15①、任意後見2一）を分かりやすく言い換えた言葉です。法律の立案担当者によれば、判断能力とは、知的能力・日常的な事柄を理解する能力・社会適応能力の三つの概念を統合した広義の能力を意味し、不十分・著しく不十分・欠く常況という程度を図る尺度として、任意後見を開始（スタート）させるために必要となる任意後見監督人選任の要否の基準となり（任意後見4）、法定後見では、3類型、すなわち、補助・保佐・成年後見のいずれに振り分けたらよいかを判

断する基準となるものです（民7・11・15①、小林昭彦＝原司『平成11年民法一部改正法等の解説』64頁（法曹会、2002）参照）。

2 意思能力とは

これに対し、意思能力とは、定義はない（民3の2）ものの、実務の運用上は、個別の法律行為・個別の契約ごとに、それを有効としてよいか、無効とすべきかを判断するための基準となるもので、あるかないかが問題となり、程度は問題となりません。

図4 判断能力と意思能力

判断能力（事理を弁識する能力）

●知的能力

●日常的事柄を理解する能力

●社会適応能力

三つの概念を全て統合した広義の能力

⇒ 十分・不十分・著しく不十分・欠く常況（＊程度が問題となる）

→ 3類型（補助・保佐・成年後見）選択の基準

意思能力

●個別の法律行為（契約内容）を理解できる能力

⇒ あるか、ないか（＊程度は問題とならない）

→ 個別の法律行為（契約）ごとに、その有効・無効を判断する基準

判断能力は契約等の個々の法律行為と直接の結びつきはない、画一的な一般的能力であるのに対し、意思能力は個々の法律行為と結びついた相対的な法的能力である点に異同があると捉えることもできます。

例えば、判断能力が不十分なAさんについて考えてみますと、Aさんは、判断能力は不十分であっても、パンを買う契約（簡易な契約）であれば、その意味内容を十分に理解できますが、車を買う契約（高度な契約）となるとその意味内容を十分には理解できないとします。この場合、Aさんは、パンを買う契約については、100%の理解ができているのであれば、意思能力があるとして、契約を有効にすることができます。しかし、車を買う契約については、90%の内容を理解できても、理解できない10%の領域がどうしても残るようであれば、意思能力はないとして、契約を無効にするということになります。車の契約について、無効にするのは、契約内容に理解できていない部分が残るAさんが、契約が有効となることにより、自らの意思に基づかない過度な負担や不測の損害を被らないようにするためです。成年後見制度は、精神上の障害により事理を弁識する能力が十分でない状況又は欠く常況にある人を支援するための

制度であり、支援の対象は法律行為（前述の法的な支援）ですので、このような異同を理解しておく必要があります。

第7 判断能力が不十分な状況での任意後見契約締結（即効型任意後見）の問題点に留意する

判断能力と意思能力の異同に関連して、①任意後見は、判断能力が不十分であっても、意思能力があれば有効に締結することができることとなります。一方で、②判断能力が不十分であれば、家庭裁判所に対し任意後見監督人の選任の請求をすることができ（任意後見4①）、任意後見を開始させることができることとなります。この①と②の重なり合いを利用して、判断能力が不十分な状況ではあるものの締結しようとしている当該の任意後見契約の内容であれば理解できる程度の意思能力はあるとして任意後見契約を締結し、一方で、判断能力が不十分であることを理由に家庭裁判所に対し任意後見監督人の選任を請求して、契約締結後即時に、任意後見を開始させる活用方法のことを、即効型任意後見と呼びます。即効型任意後見は、理論的には成り立ちますが、判断能力が相当程度に減退した本人が契約当事者となることは、権利侵害を受ける危険性を常に抱える可能性がありますので、今日では、十分な検証の下に特段の合理性を見いだすことができる例外的な場合でない限り、極力回避すべきと解するのが有力説となっています。

なお、余談ですが、任意後見制度には、将来型（基本型）、移行型（本編第2章第52）、即効型の3類型があるとする記述を見かけますが、法定後見とは異なり任意後見には制度上の類型はなく、将来型（基本型）のみであり、移行型、即効型というのは将来型（基本型）の活用方法に対する呼び名（活用類型）にすぎないことに留意する必要があります。