

平成 26 年 6 月 28 日現在

機関番号：32606

研究種目：基盤研究(C)

研究期間：2011～2013

課題番号：23530107

研究課題名(和文) 東アジア成年後見法制度の比較法的研究

研究課題名(英文) comparative study of adult guardianship in asian countries

研究代表者

岡 孝(OKA, TAKASHI)

学習院大学・法学部・教授

研究者番号：10125081

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 4,000,000円、(間接経費) 1,200,000円

研究成果の概要(和文)：日韓台湾ともに(中国梁慧星第二草案も)、法定後見の中の特に成年後見類型では被後見人の能力を制限しているが、2008年の国連障害者権利条約との関係では検討しなおす必要がある。改革の方向性はいくつか考えられるが(「相対的意思能力」概念に依拠して、「意思無能力者の行為は無効である」というルールを活用することなど)、なお十分には立論が詰められていない。医療行為の同意については、韓国新民法(家庭法院の許可)が日本の立法論としても参考になる。任意後見については、2013年から施行されているスイス成年者保護法の「事前支援委託」が参考になる(法定後見と任意後見を併存させている)。

研究成果の概要(英文)：The legal capacity of handicapped persons is limited by the Japanese, Korean and Taiwanese civil codes. But this limitation has to be considered from the point of view of the UN-Convention on the Rights of Persons with Disabilities 2006. The several ways of the solution of this problem will be thought, but are not enough. The new Korean civil code (the permission of the family court) will be helpful in the study of the approval by the guardian to the medical care. The Swiss new civil code 2013 in the field of the adult guardianship is also helpful to the contractual adult guardianship.

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：法学・民事法学

キーワード：成年後見制度 法定後見 任意後見 成年者保護法 事前支援委託 比較私法

## 1. 研究開始当初の背景

日本の成年後見制度は、施行後 10 年が経ったが、(1) 後見人の権限(とりわけ医療行為の代諾権)が明確でないこと、(2) 任意後見が予想したほど利用されていないこと、(3) 高齢者の「死後の委任」の法整備が不十分であることといった問題点を指摘できる。

他方、台湾では 2009 年末から、韓国でも 2013 年 7 月から新成年後見制度がスタートしている。中国では未だこの点の整備はなされていないが、一人子政策及び高齢化により、法整備は近い将来必ず行わなければならないだろう。

以上のような問題意識を持って、本研究(東アジアにおける成年後見制度の比較研究)に取り組むことにした。

## 2. 研究の目的

(当初は)中国、韓国、(後には)台湾の研究者と共同して、さしあたり中国成年監護制度私案を作成すること、その過程で(場合によっては私案の逐条解説の形で)日韓台湾のそれぞれの問題点を解決する方向性を打ち出そうと考えた。すなわち、私案では、(1) 後見人の医療同意権(代諾権)を明示する、(2) (日韓)の任意後見制度の手直しをすることを予定した。なお、(3) 「死後の委任」の検討の前に、まずは被後見人の死亡後の事務処理をどのような権限で後見人が行うことができるのかの検討を予定した。

## 3. 研究の方法

(1) 日中韓(後には台湾)の研究者による国際シンポジウムを年 1 回開き(他の研究会との共催の形をとった)、中国成年監護制度草案を検討した。

(2) 国内では共同研究者と個別にメール等で、あるいは研究会で、具体的テーマについて議論した。

(3) 成年後見について十分な蓄積があるヨーロッパ、とりわけドイツ(さらにスイス)の現状を文献及びインタビューで調査した。

(4) 中国の共同研究者の作成した中国監護制度草案を数次にわたって検討した(翻訳は松山大学法学部・銭偉榮教授)。しかし、中国グループは、日韓台湾における法定後見の仕組みをどうしても理解しようとしなかったため、草案の公表は断念した。すでに先行業績として、中国社会科学院法学研究所の梁慧星教授グループの草案(以下では「梁慧星第二草案」と称する)があるが、それとの比較を行ったうえで、日韓台湾の研究者の共同提案という形で、近いうちに(2014 年度中に)中国成年監護制度草案作成に向けた骨子をまとめる予定である。

なお、文献、韓国・台湾の条文、中国草案の翻訳などの出典は、後述 5〔雑誌論文〕3 に依拠している。

## 4. 研究成果

### (1) はじめに

高齢者の「死後の委任」については、十分な研究ができなかった。以下では、2 の「研究の目的」の(1)と(2)に焦点を当てた上で、法定後見について、申立権者の範囲、後見人の権限(医療行為の同意権)、市民後見人のあり方、家裁による後見監督の限界などについて研究成果をまとめ、さらに任意後見制度の見直しに際しては、昨年から施行されているスイス成年者保護法にヒントがあると思われるので、6 点にわたってその特色を整理する。

### (2) 法定後見 類型による保護

#### 類型論の採用

日韓台湾ともに類型的保護を採用している(2 類型か 3 類型かの差異はある)。とくに韓国の「特定後見」類型は注目に値する。これは、一時的または特定の事務について支援が必要な場合を念頭に置いていることと、他の類型(成年後見や限定後見)の実質的要件を満たしている場合であっても特定後見を活用できることが特色である。日本法と異なり本人の同意は不要だが、本人の意思に反して特定後見の審判をすることはできない。要するに、韓国の特定後見は、判断能力の減退の程度における段階的な保護タイプの 1 つではないのである。

#### 特に成年後見類型について

日本法では、精神上の障害により事理弁識能力を欠く常況にある場合には行為能力が制限される。しかしこのような規律のしかたは、2008 年 5 月に発効した国連障害者権利条約(特に 12 条)との関係で検討し直さなければならないだろう。今回の研究期間内には改革案を示すことはできなかった。改革の方向性としてはいくつか考えられそうであるが、未だ不十分である。

すなわち、韓国の特定後見をモデルに、要保護者の能力制限を行わず、後見人の代理を認めるとしても、その範囲を一定の期間なり特定の事項に限定することが考えられる。しかし、能力を制限しない場合には、次のような問題が発生しうる。第三者が要保護者の支援者である場合、その支援のすき間を狙って例えば悪徳業者による不必要なリフォーム契約が締結されることが考えられる。ここでは、どのような方法で要保護者を保護すべきか。意思無能力の状態での契約だから無効だとすることが考えられる(意思能力を個別具体的な契約に即して柔軟に判断するわけである。「相対的意思能力」概念の活用)。しかし、この方法では、要保護者側では意思無能力の証明が困難であり、必ずしも常に有効な解決手段とはいえない。あるいは、金融商品取引でよく使われている「適合性に反する」という形で上記契約の効力を否定することも考えられようが、どのような場合に適合性

の原則が適用されるのか、その線引きが難しいであろうし、そもそもネーミングが適切ではないようにも思われる。

### (3) 保護の発動 申立主義

公益代表者としては日韓台湾ともに検察官が規定されているが、日韓では市町村長の申立権も認めている(韓国は民法の中で。例えば韓民9条)。中国梁慧星第二草案1833条2項3号は、「村民委員会、住民委員会の責任者」も世話人(この草案では後見人を「世話人」と称している)の請求権者としている。このうち、住民委員会は自治団体だが、末端の行政機関の指揮監督を受け、その行政の一部を担っているようである。

また、同草案では、「近親者」も世話人の請求権者である(1833条2項1号)。草案自体には「近親者」とは何を指すかの規定はなさそうだが、現行「民法通則意見12」によれば、配偶者、父母、子、兄弟姉妹、祖父母、孫を指すようである。同草案がこのように申立権者を絞っていることは注目に値する。日本の場合は四親等内の親族も申立権者になっているが、日本の核家族化の現状では、兄弟姉妹の子相互間で申立権者になってもおかしくないほど相互に関心をもつとは考えられない。せいぜい本来の扶養義務者(日民877条1項の「直系血族及び兄弟姉妹」)に申立権者を限定すべきだろう。この点で同草案に注目したいのである。

一方、台湾民法も注目に値する。四親等以外の遠い親族でも、「最近1年間に同居した事実」があれば、申立権者になれるという点である(台湾民法14条1項)。最近1年間に同居していれば、家族同様に本人の精神状態も把握可能であろう。同居している(あるいは最近1年間に同居した事実がある)ことが本人の精神状態を正確に把握しているのだという点を強調するならば、内縁の配偶者はその代表的な例であろう。現在のところ、日韓台湾ともにこの内縁の配偶者(さらには事実上の養子)などには申立権が認められていない。この点からの申立権者の拡張を立法論として検討すべきであろう。日本法では、当面、このような内縁の配偶者は市区町村長の申立

てを促すことになるだろう。

### (4) 第三者後見人 市民後見人について

現在、日本では第三者後見人として、市民後見人が徐々に登場している。多くの場合、社会福祉協議会などが後見監督人となっている。市民後見人に期待されるのが身上監護だとすると、養成講座を受講し修了証をもらったからといって、すぐに市民後見人として活動できるわけではないだろう。性格的にこの活動に向かないという者もありえよう。社会福祉協議会などの法人後見の場合の支援員として活動することも考えられる。ただし、講座修了者がこれで納得できるかどうか、問題がありそうである。

### (5) 成年後見人の権限 特に医療行為の代諾

日本では、この点について見解が分かっている。韓国の新法は注目すべきである。まず「成年被後見人は、自己の身上について、その者の状態が許す範囲内において、単独で決定することができる(韓民947条の2第1項)」という原則を定める。つぎに、本人が自分で決定できない場合について、成年後見人の補充的権限を定める。すなわち、家庭法院が「成年後見人が成年被後見人の身上について決定できる権限の範囲を定めることができ(韓民938条3項) さらに、それが適切でなくなれば、本人、成年後見人等の請求により、その範囲を変更することもできる(同条4項)。身上に関する決定は、成年被後見人の福祉に大きな影響を及ぼすことが多いので、家庭法院の監督を強化している。医療行為の場面では、「成年被後見人の身体を侵襲する医療行為について成年被後見人が同意をすることができないときは、成年後見人がその者に代わって同意をすることができる(韓民947条の2第3項)」。この場合、「成年被後見人が医療行為の直接的な結果として死亡し、又は相当の障害を負うおそれがあるときは、家庭法院の許可を得なければならない。ただし、許可の手續きによって医療行為が遅滞し、成年被後見人の生命に危険を将来し、又は心身上に重大な障害を招来するときは」家庭法院に事後許可を求めることができる(同条4項)。立法論としてこれは日本法にとっても参考になるだろう。

### (6) 後見監督 家庭裁判所の限界

後見人の監督機関は後見監督人と家庭裁判所(以下「家裁」と略称)であるが、家裁の監督体制は、マンパワーの不足などで今や限界に近づいてきているのではないかと。それを端的にあらわしているのが広島高判平成24年2月20日(金融商事判例1392号49頁)である。親族後見人(被後見人の姪)がわずか1年半の間に被後見人の預金から約3800万円を横領した事件で、担当家事審判官の後見監督に過失があったとして国家賠償責任(231万円)が認められた(国は上告せず、確定)。

家裁の監督に代わるものとして、家裁と各地の自治体や社会福祉協議会などとの連携、さらには後者に監督業務の一部を委託することも考えられよう。これは、法定後見だけでなく、任意後見についてもあてはまる。

#### (7)任意後見について

日本の任意後見は、期待されたほど利用されていない。その理由として、公正証書で契約を結ぶことへの抵抗感(コストがかかる、一般市民にとって公証役場に行くことは「敷居が高い」とか、法定後見と任意後見との併存を許さないという点で使い勝手が悪いことなども指摘できるように思われる。

この点で、2013年1月から施行されたスイス成年者保護法(民法の改正)の中の「事前支援委託」(Vorsorgeauftrag)は注目される。以下、スイスのこの制度の特色をまとめておく。

出発点のコストが安い。原則は遺言と同様に自筆で委託書を作成する(単独行為)。これによって本人の作成時の判断能力が推定されるわけで、この判断能力のコストが非常に低下することは注目すべきである。委託者は自分で保管してもいいし、誰かに保管を頼んでもいい。そして、戸籍役場に申告するが、申告しなくてもいい(申告義務はない)。保管者を信頼するわけで、その者が成年者保護庁(後述)に申告しないというリスクもあるが、自分の周辺の者に事前支援委託書の存在を知らせておくことによって、いずれかのルートから保護庁がその存在を知ることが可能である。自筆で作成することが面倒ならば、もう1つの選択肢として、公証してもらう方法もある。この場合には、公証人は委託書の存在について戸籍役場に通知し、役場は中央データバンク(名称は Infostar)に登録する。ただし、登録されるのは委託書作成時と保管場所だけであり、委託書の内容は登録されない。

事前支援委託の内容があいまいな場合は、(受託者の要請で)成年者保護庁がその内容を解釈することができる。一般私人が不明確な支援委託書を作成しても一概に無効としないことによって、できるだけ本人=作成者の意思(自己決定)を尊重しようとする点で、注目される。このように支援委託書の内容をチェックし、解釈するという点では、日本の任意後見と異なり、成年者保護庁の後見的役割が前面に出てくる。この点で、スイスでは、保護庁の出費を過小評価すべきではないという警告がなされていることに注意すべきである。

この支援委託は、本人の判断能力がなくなったことが効力発生の第1の要件であり、その判断は成年者保護庁が行う。今のところ、人口5万~10万人当たり1つの保護庁の設置が計画されているが、これで処理できるかどうか、今後の実績を見守りたい。

事前支援委託書を作成してから判断能力

がなくなるまでの間、本人と受託者との関係はどうなっているのか。受託者は、本人の判断能力欠如まで何も行動する義務はない。ただ、受託者が一方で、事前支援委託書の保管を委託されながら、戸籍役場にその旨を通知せず、他方で、通常の委任契約を別個に締結して一定の財産管理を行う場合が考えられる。この場合、本人が周囲の者に保管者が誰かを告げておれば、その者から成年者保護庁への通知により保護庁の権限発動が期待できる。保護庁は、場合によってはこのような受託者は適任ではないとして、代替受託者が支援委託書に記載されていればその者を受託者とすることが可能であろう。しかし、そのような代替受託者が定められていなければ、保護庁は、この事前支援委託を発効させず、必要に応じて補佐(Beistandschaft, 法定後見)を発動させることになる。

日本法と異なり、支援委託に基づいて受託者が活動していても、補佐人も同時に(異なる)事務を処理できる。つまり両者が併存しているのである。スイスでは、例えば、生活費用の捻出のために委託者所有の土地を売却しなければならないが(通常の任意委任の場合には、土地売却にはそのための特別な授權が必要とされている。スイス債務法 396 条 3 項)、そのための特別な授權はなされていなかったという例が挙げられている。委託書の補充で対処できない場合には、受託者は遅滞なく成年者保護庁にその旨を通知して、適切な処置を仰ぐことになる。成年者保護庁は、補佐を使うことになる(職権でも可能。成年者保護庁は、この受託者を補佐人に任命してその事務を処理させることもできる)。この場合、事前支援委託が対象としている事務については受託者が継続して行動することになる。

成年者保護庁という組織が注目される。カントン(州)によって異なるが、成年者保護庁は裁判所の場合もあるし、行政庁の場合もある(研究代表者の岡はチューリヒ市の成年者保護庁にインタビューに行った)。原則として、少なくとも3名の構成員(法律、社会福祉、教育学、(児童)心理学の分野で専門教育を受けた者を選任する)の合議体によって処理をする。医学、精神医学、社会福祉、信託、社会保険の専門家は、外部からいつでも招聘できる体制を組んでおく。

支援委託によって受託者が活動を開始した後の保護庁の監督はかなり抑制的である。受託者に直接監督できるという点では、日本の任意後見制度よりは一步前進しているといえるが、監督としては、受託者に指示して活動を是正させたり、あるいは権限を一部剥奪したりすることはできるものの、最終的には補佐を発動させるしか方法がない。せいぜい、事前支援委託の啓蒙活動で、委託の段階で代替受託者を準備するようにと強調することが、さしあたり有効な対策と思われる。

他方で、身上監護が主たる支援委託の場合

には、受託者は親族であることが多いであろう。事務遂行中にいろいろ問題が生じた場合に、受託者は保護者に指示・助言を求めらるであろう。保護庁のスタッフが充実していれば、このような受託者のニーズにこたえることができるだろう。この成年者保護庁が(委託者が居住している)地域の自治体と連携を密にして活動することによって、受託者に対する監督もかなりの程度充実することが期待できるであろう。

#### 5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

〔雑誌論文〕(計 5 件)

- 1 岡孝「民法 成年後見制度(海図)ともの考え方(羅針盤)法学教室、査読なし、380号、2012年、4 10頁
- 2 岡孝「日本成年後見法の若干の問題点」『亞洲法学(韓国)6巻2号、査読なし、2012年、241 260頁
- 3 岡孝「東アジアにおける成年後見制度の比較」『民事研修 667号、査読なし、2012年、1-14頁
- 4 岡孝「中国成年監護(後見)制度についての梁慧星第2草案を読む 東アジア成年後見制度比較の視点から」『学習院法務研究7号、査読なし、2013年、1-31頁
- 5 岡孝「企画の趣旨と比較の結果」『比較法研究75号、査読なし、2013年、126 128頁(学会発表4の一部を活字化したもの)

〔学会発表〕(計 4 件)

- 1 岡孝「21世紀の成年後見制度の設計に向けて 日本の経験が示すもの」『青島中日韓東アジア国家老齡化社会的法律問題小型国際検討会』、平成23年9月12日、中国青島中級法院法官養成センター
- 2 岡孝「東アジアにおける21世紀の成年後見法を目指して」『第10回注日民商法研究会』、平成23年9月17日、北京国際飯店
- 3 岡孝「東アジアの成年後見法研究の意義と課題」『東アジアにおける成年後見法の展開と課題』、平成23年12月3日、仁荷大学校法学専門大学院国際会議室
- 4 岡孝「東アジア成年後見制度の比較・問題提起」『比較法学会(ミニシンポジウム)』平成25年6月1日、青山学院大学

〔図書〕(計 2 件)

- 4 民法研究基金会(台湾)編『民事法之思想啓蒙與立論薪傳』(孫森焱前大法官八秩華誕祝壽論文集(新學林、2013年)所収:岡孝「新たな任意後見制度の構築に向けて スイスの新制度が示唆するもの -」)、査読なし、42頁(1 22頁)
- 2 能見善久ほか編『野村豊弘先生古稀記念論文集 民法の未来』(商事法務、2014年)

所収:岡孝「スイス法から日本の任意後見制度を再検討する」)、査読なし、656頁(1 26頁)

〔産業財産権〕

出願状況(計 0 件)

名称:  
発明者:  
権利者:  
種類:  
番号:  
出願年月日:  
国内外の別:

取得状況(計 0 件)

名称:  
発明者:  
権利者:  
種類:  
番号:  
取得年月日:  
国内外の別:

〔その他〕

ホームページ等

#### 6. 研究組織

(1)研究代表者

岡 孝(Oka Takashi)

研究者番号:10125081

(2)研究分担者

( )

研究者番号:

(3)連携研究者

( )

研究者番号:

(4)海外協力研究者

韓国

仁荷大学校法学専門大学院教授・朴仁煥

漢陽大学校法学専門大学院教授・諸哲雄

亞洲大学校法学専門大学院教授・尹泰永

中国

山東大学法学院教授・申政武

浙江工商大学法学院教授・張学軍

吉林大学法学院教授・馬新彦

同副教授・李国強

台湾

台湾大学法学院助理教授・黃詩淳

台湾海洋大学法律学系教授・蘇惠卿

ドイツ

マンハイム大学法学部 Prof. Dr. Jochen

Taupitz

弁護士 Dr. Jurgen Kunz(Stuttgart)

スイス

チューリヒ市成年者保護庁法サービス課

長 ( Leiter Rechtsdienste ) Dr. Yvo

Biderbost