

成年後見制度の運用に伴うリスク分析

——本人および後見人を中心に——

A Risk Analysis on Japan's Adult Guardianship System Practice against Principles and Adult Guardians

キーワード：『成年後見』『法定後見』『任意後見』『リスク分析』『リスク・ベネフィット』

櫻井 幸男

SAKURAI, Yukio

(立教大学社会デザイン研究所研究員)

1. はじめに

1.1 成年後見制度

現在、認知症高齢者等が 520 万人、これに知的障害・精神障害を合わせれば 870 万人の人々が判断能力の不十分な人々と推定される。こうした判断能力が不十分な人々は、不動産や預貯金などの財産を管理したり、介護などのサービスや施設への入所に関する契約を結んだり、遺産分割の協議をしたりする必要があっても、自分でこれらのことをするのが難しい。また自分に不利益な契約であっても適切な判断ができずに契約を結んでしまい、悪徳商法の被害にあう恐れがある。このような判断能力の不十分な人々を法的に保護し、支援するのが成年後見制度である。成年後見制度は、自己決定の尊重、残存能力の活用、ノーマライゼーションを理念に掲げ、民法改正等により 2000 年 4 月に施行された。

成年後見制度には法定後見制度と任意後見制度が有る。法定後見制度は、成年被後見人（以下、「本人」とする。）の判断能力の程度によって、後見、保佐、補助の 3 つの類型に分かれている。本人等の申立により家庭裁判所（以下、「家裁」とする。）の選任する後見人、保佐人、補助人（以下、3 類型まとめて「後見人」とする。）が、判断能力が不十分な本人の法律行為を代行し、本人の財産管理と身上監護を支援する。任意後見制度は、本人が十分な判断能力があるうちに、将来、判断能力が不十分になった場合に備えて、あらかじめ自ら選んだ任意後見人に、自分の生活や療養看護や財産管理に関する事務について代理権を与える契約（任意代理契約）を公証人の作成する公正証書でむすんでおくというものである。本人の判断能力が低下した後に、任意後見人が家裁に申立を行い、任意後見契約で決めた事務について、家裁が選任する任意後見監督人の監督のもと、本人を代理して契約などをすることにより、本人の意思に従った適切な支援をすることができる¹⁾。

1.2 本稿の背景と目的

成年後見制度が導入される前、民法には禁治産・準禁治産制度が有った。禁治産・準禁

治産制度は本人の権利を画一的に剥奪するなど懲罰的な色彩が濃く、本人の戸籍に禁治産者、準禁治産者と記載されたことから国民が利用を忌避し、利用者数は限られていた。この制度に比較すると、成年後見制度は「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」（民法 858 条）と規定され、本人への配慮は格段に改善された。このため成年後見制度の利用は 2000 年の導入から伸び続け、現在約 19 万人となっている。成年後見制度の立法趣旨はある程度達成され、社会的に理解されつつあると考えられる²⁾。

一方、成年後見制度の運用により、思わぬ社会的リスクが副次的に生じている。このリスクの中には深刻な経済的損失を引き起こすものがあり、決して見過ごすことができない。本稿は、成年後見制度の運用に伴い副次的に発生する主要なリスクを明らかにし、これに対する対策の方向性を示すことを目的とする³⁾。本稿の分析は文献調査に基づく。また複雑な事象を単純化するため、本稿では成年後見制度のうち家庭裁判所が後見人を選任する法定後見の場合と本人が健常時に任意後見人を指名して任意後見契約と当面の財産管理委任契約を同時に締結する任意後見（リレー型）の場合の 2 ケースに分析対象を限定した。

2. リスクと対策

2.1 リスクとリスク分析

リスクとは「目的に対する不確実さが及ぼす影響であり、それはその不確実さがおかれた社会的コンテキスト、主体（個人・集団）、影響の大きさと影響の起こりやすさの組み合わせで表現しうる」と定義される（斎藤 2010:100-101）。人間や集団は便益を求めて何らかの行動をとる場合、それと同時に生ずる不確実性をなるべく回避するように努める。まずどのような不確実性があるのか、どの程度の不確実性なのか、どのくらいの確率で不確実性が見込まれるのか、なぜ不確実性が起きるのか、得られる便益が不確実性に勝るのかどうか。人間や集団は意識的に、あるいは無意識的にこのように考え行動している。

リスク分析とは「リスク評価、リスク管理、リスクコミュニケーションの 3 つの要素から成り立ち、お互いに作用し合いより良い成果をもたらす⁴⁾。」リスク評価は、科学的知見に基づき客観的かつ中立公平な不確実性の評価を行うことである。そして、リスク管理は、この評価に基づいて規制や指導を行うことであり、リスクコミュニケーションは、リスク評価者、リスク管理者、消費者など広く関係者間で情報共有を行い、当該リスクに適切に対処する環境を作ることである。リスク分析によりリスクの認識を高め、リスクの原因や因果関係、その影響について掘り下げて理解することにより、リスクの影響を最小限に抑える対策を検討することができる。リスク分析は、これまで主として医薬品や化学品などが含むハザードがもたらす不確実性の検討に用いられた科学的分析手法であるが、この考え方は法制度の運用に伴う社会的リスクへも適用できると考えられる。

成年後見制度は、判断能力の不十分な人々の法的保護により支援を行う目的で法制度化

されたが、実際にその制度が運用されると当初の想定とは異なる事象が生じている。そこで、リスク分析により、立法趣旨とは異なるいかなる事象が生じ、それがどのようなマイナスの影響をもたらしているのかを評価し、このマイナスの影響を回避する、または最小限に抑えるための対策の方向性を検討したい。

法制度運用に伴う社会的リスクは、犯罪被害などの数値化が可能な経済的被害を除いて、リスクの程度とその影響によるリスク総額を数値化することが難しい。そこで、現在発生している事象の中で、典型的なリスクケースと既に考えられているものを4つ例示し、その事象から因果関係を推定し、その事象に伴うマイナスの影響を回避したり、できるだけ縮減する対策の方向性を検討する。以下、分析対象を本人および後見人に分けて論じることとする。

2.2 本人のリスク

2.2.1 後見人の横領による本人財産逸失リスク

(1) リスク評価

成年後見制度により本来保護されるべき本人の財産が、後見人に侵害される事件が起きている。最高裁判所（以下、「最高裁」）の調査によれば、2010年6月～2014年12月の4年半に判明した後見人に起因する横領事件は2551件、被害額196億円に上る⁵⁾。この件数の内9割は親族後見人⁶⁾、残り1割は専門職後見人⁷⁾による事件である⁸⁾。これらの実績値は横領事件の被害届に基づくもので、こうした手続きが取られていない事件は実績として記録されていない。従って、最高裁の調査結果は後見犯罪の氷山の一角であり、実際の被害額は上記よりも確実に多いと推察される⁹⁾。

親族後見人は本人と将来の遺産相続を絡めて利害相反が生じやすい。このため、成年後見制度導入時に9割であった親族後見人の選任は、その後減少し続け、現在では3割となっている。それでも親族による本人財産の横領が現在も多数生じている。親族後見人が成年後見人の法的立場を正確に理解せず、本人財産を自身のために使用する場合も有れば、悪意または重過失の親族後見人が本人財産を横領する場合もある。

発生件数は限られるが、専門職後見人の横領事件が起きている¹⁰⁾。法律や福祉の専門知識を有し国家資格を持つ専門職後見人の横領事件では、専門職の職業倫理が厳しく問われるとともに、その社会的マイナスの影響が大きい。専門職による横領事件が多発すれば、国民の成年後見制度への信頼を損ね、本人またはその親族は、本人財産横領リスクを回避すべく成年後見制度の申立を避けるようになると考えられる。

(2) 対策

後見人の横領事件に鑑み、家裁はリスク対策として職権により二つの対策を講じた。一つ目は、本人の金融財産を信託銀行の後見制度支援信託へ移動することである。移動対象

となる金融財産額は家裁により判断基準が異なる^{1 1)}。二つ目は、後見人を監督する成年後見監督人の選任である。家裁は上記二つの選択肢の内一つを申立人が選択するよう新規申立者に命じるとともに、既に成年後見が開始された事案に対しても事後的選択を推奨している。後見制度支援信託を利用すれば、金融財産の大宗は本人名義から外れて信託に移動し、本人名義の金融資産は大幅に減少するので、結果的に横領事件は起こりにくくなる。万一事件が起きた場合でも被害額は限定される。また、成年後見監督人を選任すれば、後見人等を第三者の目で監督することが可能となる。この成果は2015年の後見横領事件の被害額が前年の約6割に低下したことに表れている^{1 2)}。

9割の件数を占める親族後見人の横領に対しては、親族後見人への後見制度教育の強化、監督の強化、抜き打ち監査などが有効である。一方、この3つの機能を事務多忙な家裁に期待するのは現実的に難しい。そこで家裁に代わって、区市町村の行政機関または社会福祉協議会（以下、「社協」とする。）が成年後見監督事務に関与することが代案として有り得る。この点は下記②にて別途触れる。他方、1割の専門職後見人の犯罪に対しては、専門職団体における一層の自己規制の強化が重要である。具体的には、団体の会員専門職をできるだけ増加させ、家裁への後見人の推薦を行う代わりに会員に対して現在以上の厳しい内部統制を構築し、報告義務を課す（例えば、各種信憑書類の提出を義務付けるなど）、団体の会員への抜き打ち監査など詳細な規律管理規則を作り、着実に実施することである。

2.2.2 後見人による本人の意思尊重の懈怠又は誤認識リスク

(1) リスク評価

後見人は判断能力の不十分な本人の財産と身体の状態、本人を取り巻く生活環境を把握し、本人を良く知る親族や介護にあたるヘルパーやケア・マネージャーなどと意思疎通しながら、本人の意思を汲み取り後見業務にあたる（民法 858 条）。後見人の業務は本人意思を代行する法律行為が中心であり、例えば本人の銀行預金から毎月の生活費を引出して利用者に手交する、施設入居が必要になった場合に施設入居契約の締結と共に本人の自宅を売却するなどである。この内、本人の居住用不動産の処分など重要な決定事項に関しては、後見人が家裁に申立てを行い家裁の審判を仰ぐことになる（民法 859 条の 2）ので、実質的には後見人が相当程度を判断することになる。一方、本人の日常生活に係る決定以外の様々な事項は後見人が代行決定することになる。また、家裁の審判を仰ぐ重要決定事項の場合でもその申立て手続きは後見人が行うため、申立て書類の作成は後見人の判断による。ここに後見人の認識バイアスが発生する危険性があり、本人の意思尊重に対する後見人の懈怠または誤認識リスクが生じる危険性がある^{1 3)}。

さらに、後見人が自身の判断に拘りやり過ぎるケースがある。これは不当威圧(undue influence)となる危険性がある。特に市民後見人は一般的に社会性に富んだ人物が社会貢献として従事することが多く、この問題を起こしやすいと言われている^{1 4)}。この問題は、後

見人が自分の価値観で判断し、つい本人意思を無視してしまうことである。前記①の場合は、財産に関する客観的な情報が明らかになれば、第三者が気付く可能性が有るが、本件では本人意思が基準になっている為、よほど本人に親しくその意思を汲みとる能力のある人にしか分かり得ない。この為、實際上どの程度の精神的被害が生じているのか明らかでないが、本人意思を検証すれば、精神的被害が生じている場合が相当にあると推察される。このリスクの実態は明らかになっておらず、そのリスクの程度や影響も不明である¹⁵⁾。

(2) 対策

リスク対策は二点考えられる。第一は、民法 858 条の趣旨を具体化した行動指針(Code of Practice)を法務省または裁判所が作成し、後見人の業務細目と判断基準を明確化することである。第二は、第三者の目で本人と後見人を観察することである。では、一体誰がこの職務に従事するのか。もし成年後見監督人が選任されていれば、後見監督人が監督に当たることになるが、例えば監督人が弁護士であった場合、法的知見は優れているが、本人やその親族と意思疎通ができる人物かどうか個人差がある。もし意思疎通の能力が劣る人物であれば、観察機能は十分には働かない。市町村行政または地域の社会的ネットワークの中核機関（たとえば、成年後見支援センター（仮称）¹⁶⁾ など）の中にこうした観察機能を持つ専門担当を配置するのも一案である。本人意思が後見人に尊重されているのかどうか、本人意思に照らし家裁の職権発動は適切なのかどうか、を地域社会において本人の視点に立って再確認する観察役の存在が、地域ガバナンス上は重要である。介護や医療に携わり施設や在宅で本人に接しているヘルパー、ケア・マネージャー、在宅看護師などがこうした目線で本人を観察し、様子が変わると気付いた場合に観察担当に通報するという仕組みである。

2.2.3 任意後見受任者による任意後見監督人選任申立の不履行によるリスク

(1) リスク評価

任意後見契約は本人と任意後見受任者の二者間契約である。この為、私的自治の原則により契約成立段階では家裁等の公的機関がこの契約締結に介入することはない。従って、第三者には分かりにくい閉ざされた二者間契約となり、家裁の監視下にある法定後見よりも大きな危険性を内在する。現在起きている事件の多くは、公証人により公正証書で作成された二者間任意後見契約書に、本人の判断能力が不十分になった場合、直ちに委任契約から任意後見契約に移行する旨記載されているにも拘らず、任意後見受任者がこの手続きを実行しない場合に起きている。任意後見受任者はあえて委任契約を継続させ、委任契約に規定された代行権を濫用し、本人財産を横領する場合がある。もし契約通りに本人の判断能力が不十分になった際、任意後見受任者が家裁に任意後見監督人の選任申立を行えば、家裁は選任した任意後見監督人を通じて当該任意契約を間接的に監督できる（任意後見契

約法4条、2条1号)。しかしながら、契約通りに家裁に申立てを行うかどうかは、任意後見受任者に全面的に委ねられている点が、リスクの根本原因である。予防策を講じないと、本人の財産が第三者に知られることなく任意後見受任者に横領されるリスクがある。

(2) 対策

契約上複数の任意後見人を指名して任意後見人同士が相互に監視し合う体制を採用する、または任意後見監督人を予め指名しておくことにより、予防対策を講じる。この対策では、任意後見人、または任意後見監督人への報酬支払いが通常の倍となり、経済的な負担が増加するので、その経済負担に耐えられる人々にしか実行できない。しかしながら、複数の任意後見人、または任意後見人と任意後見監督人が相互にチェックし合う体制を確保でき、安全性は高まると考えられる。

2.3 後見人のリスク

2.3.1 後見人の本人監督義務違反に伴う第三者賠償リスク

(1) リスク評価

JR 東海事件¹⁷⁾では後見人は選任されていないが、仮に選任されていれば、当該後見人は本人の善管注意義務(民法869条、644条)を負っており、その実質的な準監督義務の度合い次第では、本人が引き起こした損害への第三者賠償責任が生じる可能性がある。認知症高齢者の増加が確実に見込まれる現状下、認知症高齢者を抱える家族や認知症施設が認知症高齢者の事故リスクにどのように対処すればよいのか、を考えさせられた判決である。以前から、本人が引き起こした損害に対する後見人の準監督者義務と第三者賠償責任は、学説上指摘されていたので、法人後見人は第三者賠償保険に加入している。ところが、賠償保険には個人が加入できないものやその賠償範囲を限定したものもあり、個人が市民後見人となる場合には第三者損害賠償リスクが発生する可能性がある¹⁸⁾。

(2) 対策

親族後見人や市民後見人には、第三者賠償リスクを十分認識していない場合がある。医療同意に関しては、わが国の慣行上、親族後見人の場合は問題にならないとしても、市民後見人や専門職後見人が第三者賠償リスクの対象となる危険性が有る。第三者賠償リスクに関しては、家裁や行政・社協などの公的機関が注意喚起し、後見人に明確な認識の形成を促し、後見人の準監督者義務の存在、医療同意権が無いことを十分理解させる必要がある。また、後見人の個人責任を担保できる第三者賠償保険に加入する、または後見人が法人賠償保険を付保した社協やNPO法人等の会員となることにより、保険の付保対象となることである。

3. 成年後見制度のリスク・ベネフィット

成年後見制度では、立法目的に基づく次の便益（ベネフィット）が担保されている。

- 判断能力が不十分になった人の法律行為の代行（不動産取引、金融機関取引等）による社会の円滑な取引と本人の日常生活の確保
- 判断能力が不十分になった人の法律行為の取消（消費者被害契約の取消等）を行うことにより本人の経済的損害を回復できる
- 健常時に自らの意思で任意後見契約を締結し将来に備えることにより、判断能力が不十分になっても本人意思の尊重と財産管理が可能になる

一方、成年後見制度には、本稿に述べた4種の副次的リスクが本人と後見人に生じる。また、成年後見人が選任された場合には、本人は制度上法的に保護される代わりに各種の固有の権利（除く選挙権）を喪失する。この固有の権利喪失の範囲は、公務員の欠格事由をはじめ 200 法令等に広範に及ぶ。また、法定後見の場合、本人が死亡して法定後見が終了するまで法定後見が継続するのが一般的である。すなわち、法定後見は原則として生涯継続し、最後まで後見人や後見監督人への報酬の支払いが経済的負担となる。

成年後見制度のリスク・ベネフィットについて、事例データの蓄積が無く副次的リスク発生の確率を定量化することができない。この為、概念的な比較しか出来ないが、成年後見制度のベネフィット（便益）を超えるほど各リスクの影響度合いが大きいと言えないことは明らかである。そこで、総合的に判断すれば、成年後見制度には制度上のベネフィット（便益）があると言える。従って、今後行うべきことは、成年後見制度の維持を前提としつつ、

A)各リスクを極力低減するための対策を講じること、

B)「事実上の成年後見」から成年後見制度へできるだけ移行させ、本人の法的保護を図ること、の2点である。

上記 A)と B)の方針を法制上明確化したのが、2016 年 4 月に成立した成年後見制度利用促進法である。同法成立において、A)に対応する参議院附帯決議 と B)に対応する同法第 11 条の基本方針およびその細目条項が明文化された。同法に従い、内閣府に設置された総理大臣を長とする成年後見制度利用促進会議と有識者による成年後見制度利用促進委員会において A)と B)に関する検討と施策の実施が行われることとなっている。

4. おわりに

本稿では成年後見制度の利用に伴い副次的に発生するリスクを分析し、その対策の方向性を示した。第 1 に、後見人が本人財産を横領する事件が相当数発生している。親族後見人に対しては、後見教育と抜き打ち監査の強化が必要である。また、専門職後見人に対しては、組織的なコンプライアンス体制の強化と内部監査の強化が必要である。第 2 に、後見人の本人意思の尊重（民法 858 条）について明確な指針が示されていない。このため

スク発生の危険が生じている。民法 858 条の行動指針を作成する、第三者の目で本人と後見人を観察するなどの対策が求められる。第 3 に、本人の判断能力が不十分となった場合、任意後見受任者が家裁に任意後見監督人の選任を申立てず、委任契約を継続させて代行権を濫用し、本人財産を横領する恐れがある。複数の任意後見受任者を指名するなど予防対策が求められる。第 4 に、後見人は本人に対して善管注意義務を負う立場にあり、本人の起こした第三者への損害に対し、準監督義務者として賠償義務を負わされる可能性がある。このことを後見人はよく理解して、保険など必要な対策を講じる必要がある。以上により、成年後見制度の運用に伴う社会的リスクの枠組みを、おおむね明らかにすることが出来た。各リスクへの対策の詳細は、本稿で論じることが出来なかったため、今後の検討課題としたい。

〔注〕

¹⁾ 法務省ホームページ：<http://www.moj.go.jp/MINJI/minji17.html#a1> (2016 年 12 月 24 日確認) の Q & A を参考にした。

²⁾ 上山 2015 : 279 には「旧制度を新しい理念によって衣替えした 2 つの制度はそれなりの成功を収めているといえそうです。」との記述がある。

³⁾ 類似の研究として成年後見に関する刑事事件を分析した先行研究(澁川 2014)があるが、同制度の運用に伴い副次的に発生するリスク全体を扱った論文は今のところ見当たらない。

⁴⁾ 消費者庁資料 http://www.caa.go.jp/safety/pdf/syokuhinanzen_3.pdf (2016 年 12 月 24 日確認)

⁵⁾ 『視点・論点「成年後見人 不正防止対策を考える」中央大学法学部新井誠教授』2015 年 9 月 15 日付け日本放送協会ホームページ <http://www.nhk.or.jp/kaisetsu-blog/400/227306.html> (2016 年 12 月 24 日確認)

⁶⁾ 後見人等とは、成年後見人、保佐人、補助人および任意後見人を指す。

⁷⁾ 弁護士、司法書士、社会福祉士、精神保健福祉士、行政書士など国家資格を有する人々を指す。

⁸⁾ 専門職後見人等による横領被害は、2014 年に 22 件・約 6 億円、2015 年には 37 件・約 1 億円である。親族なども含めた成年後見人の財産横領額は、2014 年に 831 件・約 57 億円、2015 年に 521 件・約 30 億円である。(出所：「認知症高齢者の生活を守る「市民後見人」育成が急務のワケ」2016 年 5 月 11 日付け Diamond Online <http://diamond.jp/articles/-/90894> (2016 年 12 月 24 日確認))

⁹⁾ 横領事件の発生原因について、日本弁護士連合会(以下、「日弁連」とする。)のアンケート調査(2011 年)が参考になる。このアンケート調査は、「当連合会が最高裁と「後見制度支援信託」の導入可否等について協議を行うにあたり、前提となる親族後見人等の不祥事案件の件数や実態に関する情報が不足していたため、当連合会及び各弁護士会として独自に情報を集めるべく、後見業務に携わった経験のある会員及び各弁護士会の高齢者・障害者の権利に関する委員会等に所属している会員を対象に実施したものである。」「本件で不祥事が行われた原因はどこにあると思いますか」との問いに対して、会員弁護士は「後見人側の事情、裁判所側の事情、その他」の三類型の回答を行っている。

「後見人側の事情」については、「経済的困窮、借金(事業資金への流用を含む)(26%)」、「本人財産と親族の財産の区別意識が無い為」(26%)、「後見人の職務と責任の理解不足」(20%)、「後見人としての能力や適性がない」(17%)「大金を手にして誘惑が生じた」(5%)、「本人の世話をしているので、使っても良いとの意識が有った」(5%)と回答している。

「裁判所側の事情」については、「監督の長期放置、不十分な監督」(38%)、「対応の遅れ、問題ある報告に対応しなかった」(18%)、「選任時の調査不足、説明不足など」(44%)と回答している。

「後見人側の事情」において「本人財産と親族の財産の区別意識が無い為」の回答が注目される。

親族でも後見人等に選任された場合には、本人の為に財産を管理する法的義務が生じ、後見人等の私的目的の為に本人財産を使用してはならない。これは、親族後見人による横領行為には親族相盗例の準用はなく、業務上横領罪が成立するとの最高裁判例（2008年2月18日決定）に示されている。

¹⁰⁾ 一例として、2015年7月に報道された弁護士の横領事件では、元弁護士容疑者（当時48歳、東京都千代田区）が後見人として管理していた認知症女性の預金を私的に流用していたとされ、警視庁に逮捕された。被害額は、東京都北区の90代女性の預金4200万円と東京都の認知症の80代女性6400万円と目され、合計1億円を超える。容疑者は女性の所有する不動産を売却し、数100回にわたり銀行ATMから現金を引出し、遊興費に使用したと供述している。この容疑者は2014年3月まで第一東京弁護士会に所属していた弁護士である。（2015年10月6日付け産経新聞記事）同様の事件は司法書士、社会福祉士などでも起きている。

¹¹⁾ 東京家裁は、以前は5000万円以上、現在は500万円以上、千葉家裁は1000万円以上を基準にしている。東京地裁はホームページの掲載情報、千葉地裁は千葉市の成年後見NPO法人より聴取した。

¹²⁾ 家裁の職権対応は横領犯罪を防止する効果があるものの、二点の疑問が有る。第一は、家裁は本来自らが行うべき監督責任を信託銀行と後見監督人に代替させ、手配に要した費用をすべて本人に負担させている。こうした家裁の職権による運用は、選択肢付きとは言え、公正と思えない。本人は、判断能力が不十分とは言え、憲法29条、民法206条による私有財産使用の自由の権利を有する。この権利は健常者と同様、知的・精神的障害者にも認められ、学説上は「愚行権」も含まれる。しかし、本人の財産が信託に移されれば、後見人が家裁の指示書を得ない限り、本人の為に当該財産を使用出来なくなる。本人の金融財産を保護することはできても、本人が本来有する私有財産使用の自由の権利を事実上喪失してしまう。これでは、利用者のQoL（Quality of Life）の維持・改善を阻害することになる。第二に、家裁の職権行使にあたり本人意思がどの程度考慮されているのだろうか。もし本人意思を何ら考慮せずに、家裁が申立人に対して本人財産を信託に移すことを職権で勧めるとすれば、家裁の職権運用は、わが国が2014年に批准した国連障害者権利条約第十二条「法の前にひとしく認められる権利」に抵触する可能性が有る。同条項は障害者の人権を擁護するために本人の意思決定支援(supported decision-making)の必要性を規定しているので、仮に本人以外の申立人が本人財産を信託に移すことに同意した場合は、当該申立人と本人との意思確認書を家裁に提出させる必要があると考える。

¹³⁾ 後見人がどの程度本人の意思を尊重すべきかについて、民法858条は「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」と規定しているが、その具体的方法を示していない。

¹⁴⁾ 筆者が2015年9月に東京都、千葉県、埼玉県の行政担当者に面談した際、後見人としての適性を欠く事例として話題に上げられたのが「やり過ぎ」である。成年後見を実践する際にパターンナリズムが強く働く傾向のある人々が居るが、成年後見人がこれを自覚しているのか、そうではないのか、不明確である。行政担当者は、当該人物の性格が大きく作用しているのではないかと、成年後見人の適性検査による選別が必要である、と述べていた。本件は、成年後見制度を補完する意思決定支援においても問題となりうるので、今後の検討課題としたい。

¹⁵⁾ 後見人による本人の身上監護の不履行リスクが起りうる。成年後見制度は民法上、後見人が本人の財産管理と身上監護の両方を見ることになっているが、一般的に専門職後見人は財産管理が中心で、身上監護はあまり行わない傾向がある。また、生活困窮者の成年後見制度の利用機会の逸失リスクや困難事例者、触法高齢者、虐待高齢者などの成年後見制度の利用機会の逸失リスクも生じている。ここではリスクの指摘にとどめる。

¹⁶⁾ 2016年内閣府に設置された成年後見制度利用促進委員会にて、地域の成年後見の相談窓口であり、地域の成年後見関係機関の社会的ネットワークの中心となる中核機関（成年後見支援センターなど）の全国展開が検討されている。

¹⁷⁾ 後見人の第三者損害賠償リスクを考える上で興味深い判決が、2013年8月名古屋地裁と2014年4月名古屋高裁で出された。これは認知症の男性（愛知県在住、当時91歳）が徘徊により自宅を抜け出し、JR東海の踏切に立ち入り電車にはねられ死亡した事故に関する訴訟である。JR東海は、男性の家族が認知症による徘徊を止めるなどの適切な対策を怠っていたとして、死亡した男性と同居する妻（当時85歳）と長男（当時横浜在住）ら親族5人に対して、事故により生じた振替輸送などの費用720万円の支払いを求める訴訟を起こした。名古屋高裁は、死亡した男性には重度の認知症により判断能力がないとして民法713条の責任無能力を認めた上で、民

法 752 条の夫婦の同居、協力、扶助義務に関する条文に基づいて、妻には認知症の夫に対して責任無能力者の監督義務者等の責任（民法 714 条）が有り、かつ玄関のセンサーのスイッチを切るなど適切な注意義務を怠ったことを認め、被告に対し、第一審の半額の損害賠償金 360 万円を支払うよう命じた。その後、2016 年 5 月最高裁は名古屋高裁の判断を変更し、本人と配偶者間に実質的な準監督義務が有ったかどうか審査したうえで、今回はその義務がなかったとの判断を下し、原告（JR 東海）の訴えを退けた。

¹⁸⁾ 後見人には法的な医療同意権が与えられていないが、医療現場では、本人に親族がいない又は親族が本人への関与を拒絶する場合には、後見人が医療関係者から本人の医療行為に対する同意を求められることがしばしばある。当該医療行為が本人にとってどの程度の医療侵襲行為にあたるのかにも拠るが、仮に手術や生存に係るような重大な医療侵襲行為に対して、後見人が誤って同意し、その治療結果が良くなかった場合には、後日後見人の医療同意の事実を知った本人の親族などから訴訟を提起されるリスクがある。

【文献リスト】

- 上山泰、2015、『専門職後見人と身上監護 第三版』民事法研究会
上山泰、2014、「高齢期の消費者被害と「成年後見制度」—地域の権利擁護ネットワークにおける成年後見の活用に向けて—」『社会福祉研究』第 119 号
科学技術・学術審議会 研究計画・評価分科会 安全・安心科学技術及び社会連帯委員会、2014、「リスクコミュニケーションの推進方策」
齊藤修、2010、「リスクトレードオフ分析の概念枠組みと分析方法 1：リスクトレードオフ分析の概念枠組み」『日本リスク研究会誌』20(2)97-106 頁
澁川紀子、2014、「成年後見人による犯罪の現状と対策」『都市社会研究』第 6 号 83-106 頁
清水恵介、2014、「成年後見人等の義務と責任の位置づけ」『実践成年後見』51 号 7-15 頁
清水恵介、2014、「任意後見実務の将来展望—改善の基本的方向性」山本修、富永忠祐、清水恵介『任意後見契約書の解説と実務』三協法規出版
菅富美枝、2010、『イギリス成年後見法制度にみる自立支援の法理』ミネルヴァ書房
Department for Constitutional Affairs, UK、2007、*Code of Practice, Mental Capacity Act 2005* TSO
竹内憲司ほか、2005、「世代間のリスク・トレードオフ」『国民経済雑誌』192(2)2:43-58 頁
Renn, Ortwin、2008、*Risk Governance-Coping with Uncertainty in a Complex World* Routledge