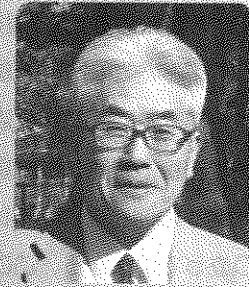


高齢社会と民法

——地域における生活問題を 解決するために



おがの しょういち
小賀野 晶一
(大阪市出身・法学部教授)

1. 地域における生活問題

高齢社会の今日、民法は地域に出現する生活上の諸問題を解決することができるか。民法は高齢者や判断能力が低下した人、障がいを抱えた人などが地域で安心して生活するために何をなすべきか。

地域における生活問題として次の5点を指摘しよう。

第1、高齢者等は、契約上のトラブル、経済的トラブルに巻き込まれ易い。高齢者を狙った特殊詐欺、すなわち振り込み詐欺、架空請求詐欺、還付金詐欺、融資保証金詐欺などが頻発している。主として、電話が利用されるため、高齢者には本人かどうかの判断が難しいようである（千葉県警は特殊詐欺を「電話de詐欺」という）。また、日常生活においても預貯金の引出し、公共料金の支払い、役所等の手続などにおいて支障を生じている。以上は、適切な支援が行われないと、地域生活の破綻の契機になるものである。

第2、医療、社会福祉サービスをめぐる問題（インフォームド・コンセント、契約上のトラブル）が生じている。特に、判断能力の低下した独居の患者の医療同意問題がある。

第3、水害・地震等の災害が発生した場合におけるいわゆる災害弱者の問題がある。最近の事例でいえば、東日本大震災・原子力発電所事故が様々な影響を及ぼしている。直近では平成28年8月、台風10号による大雨で河川が氾濫、認知症グループホーム（岩手県岩泉町）の入所者9人が死亡した。また、東日本大震災・原子力発電所事故による避難者等の生命・身体、生活上の苦悩の実態が報告されている。

第4、認知症高齢者の徘徊（外出）、行方不明等の事例が増加し、被害者となり、また加害者となった事故が散見される（JR東海事件のほか、高齢運転者の交通事故など）。前記岩泉町の事故が発生した同日、東京の地下鉄銀座線青山一丁目駅で盲導犬を連れて歩いていた視覚障害者がホームから転落して死亡している。

第5、生活、生存の基本に関するものとして環境問題をとりあげたい。環境法は高度経済成長の負の一面である公害問題の経験、大量生産・大量消費・大量廃棄の生活スタイルに対する反省を踏まえている。環境問題は地域における生活問題と密接に関係しており、いずれも生活及び生活関係のあり方を問

うている。また、環境法における持続的発展、生物多様性、種の保存、循環、共生などの考え方は、本稿テーマの根底に存在しなければならない考え方を示している。

以上5点挙げたが、その他にも指摘することができる。ノーマライゼーションの考え方は社会福祉実務に浸透してきたが、地域生活における安全・安心のインフラは新たな問題に対応するには脆弱である。関係機関の連携不足や、法・規範意識の欠如も問題となる。

本稿は第1の問題をとりあげ、主として高齢者等の経済活動を対象にする。経済活動は日常生活のうえに成り立っているから、ここでの検討は第2～第5の問題にも関連するであろう。

2. 近代法としての民法の原則と機能——合理人と有産者の制度

(1) 近代法の原則とその修正

民法は生活及び生活関係を規律する法であり、私たちの生活に関する一般的な法秩序を形成している。

民法規範の根拠をみると、民法は民法典と民法に関する判例法を主たる存在根拠（法源）としている。民法典は近代法として、近代国家、近代経済社会の基本となる法律として明治期に制定された。判例法は民法典と並んで、法源として重要な機能を果たしている。民法典施行以来、民法に関連する様々な紛争が生じ、判例法が形成されている。判例法は民法典の骨格をより強靱にし必要な筋肉をつけてきた。ここに新しい規範定立を認めることができる。すなわち、判例法の蓄積及び解釈論の発展は、フランス法及びドイツ法に源をもつ明治民法典に対し日本民法としての独自性を付与してきたのである。

民法の制度は近代法原則である所有権絶対、契約自由、過失責任の各原則に基づいており、これが資本主義制度と相まって経済社会の飛躍的な発展（高度経済成長）をもたらした。そして、この間、資本主義社会の進展に伴い、より実質的な自由、平等を実現するために近代法原則は修正されてきた。近代法原則の修正は判例・学説における解釈論や特別法の制定によって進められた。もっとも、これら各原則の基礎となる私的意思自治の原則は、例えば成年後見制度の理念とされる自己決定権尊重にみられるように、今日でも私的規範の基礎となっている。

(2) 近代契約法の基礎

契約と合理人

経済活動の方法として用いられているのは契約である。今日の経済社会は契約を中心に動いており、まさに契約社会といえる。契約の様子は、民法典が定める典型契約のほか、多数の非典型契約がある。このなかで契約の性質決定と契約正義の実現が重要になっている（大村敦志）。

民法は合理人、すなわち意思能力があり、合理的判断ができる人を標準としている。意思能力は私的
意思自治の基礎であり、意思能力があると契約（意思表示）は有効となり、意思能力がないと契約（意思表示）は無効となる。合理人を標準にすることにより、法令に基づく救済を開始するための要件が厳密になっている。

近代法は個人の意思を重視し、個人の意思表示及び意思決定を重視する。契約は人と人の意思表示の合致（合意）によって成立する。契約が有効に成立すると当事者に債権・債務が発生する。意思表示が的

確に行われなかった場合の救済は、民法の個別規定・一般条項によって対応する。また、消費者契約法などの特別法は民法の規定に加え無効となる場合や取り消すことができる場合について定めている。

裁判では主張、立証責任が問題となり、行為者は当該行為時に自分に意思能力がなかったこと、その他の無効の事由や、取消しの事由を主張、立証しなければならない。これはしばしば煩瑣であり、困難な場合もある。

契約と有産者

民法は有産者のための法律であるとされ、旧制度である禁治産制度は財産管理の制度として位置づけられていた（我妻栄『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』67頁-68頁（岩波書店、1965年））。このような考え方は民法の基本的立場であると理解されている。新制度の成年後見制度は財産管理に加え身上監護の支援を導入した（民法858条等参照）が、能力論をはじめ基本的には財産管理の考え方を踏襲している（民法教科書を参照）。

しかし、とりわけ成年後見問題は近代法としての民法が抱える課題を鮮明にし、以下にみるように成年後見実務の経験等は明治期に構築された近代社会システムが疲弊していることを示唆している。

3. 成年後見制度の現状と課題——近代法制度の問題点

（1）制限行為能力者制度

民法は合理人を標準とすることから無効・取消しの立証責任は行為者が負担するが、他方、これによる不都合に應えるために判断能力に関する規律についてある程度の画一的な制度を設けている。これがかつての行為無能力者制度であり、現行の制限行為能力者制度である。制限行為能力者制度には未成年者制度（親権、未成年後見）と成年後見制度（法定後見、任意後見）がある。このうち、成年後見制度は合理人を標準とする民法制度に位置づけられるものである。

平成12年4月に成年後見制度が導入され、同時に、介護保険法、社会福祉法が施行された。成年後見制度は第3の法制改革期（星野英一）に位置づけられる。

（2）成年後見制度の利用の実態

成年後見関係事件の概況（最高裁判所事務総局家庭局）は、成年後見制度の利用等の実態を示す第1級資料である。以下、平成27年1月～12月の統計の一部を引用し、成年後見制度の現状を概観する（詳細は最高裁ウェブ資料を参照されたい）。

利用者数

平成27年12月末日時点における、成年後見制度（成年後見・保佐・補助・任意後見）の利用者数は合計191,335人（前年は184,670人）であり、対前年比約3.6%の増加となっている。類型別の利用者数は成年後見152,681人、保佐27,655人、補助8,754人で、任意後見の利用者数は2,245人である。

申立て

申立人は、本人の子が1万445件(全体の約30.2%)、市区町村長5,993件(約17.3%)、本人の兄弟姉妹4,749件(約13.7%)である。市区町村長の件数は対前年比約7.2%の増加であり、本人による申立ては3,917件である(後見開始、保佐開始、補助開始及び任意後見監督人選任事件の終局事件を対象)。

主な申立ての動機は、預貯金等の管理・解約(2万8,874件)、介護保険契約(施設入所等のため)1万1,588件、身上監護(8,951件)の順である。介護保険契約その他の社会福祉等のサービス契約を身上監護に含めることもでき、身上監護は財産管理と並んで件数としても重要な動機になっていることが窺える。

成年後見人等(成年後見人、保佐人及び補助人)と本人との関係

親族後見人(配偶者、親、子、兄弟姉妹、その他親族)は全体の約29.9%、親族以外の第三者後見人は、全体の約70.1%である。親族が成年後見人等に選任されたものを上回っている。第三者後見人のうち専門職後見人の内訳は、弁護士8,000件、司法書士9,442件、社会福祉士3,725件である。

鑑定

鑑定は判断能力の低下について、成年後見制度を稼働するかどうかを判定する基礎になるものである。成年後見関係事件の終局事件のうち、鑑定を実施したものは全体の約9.6%(前年は約10.8%)であり、鑑定が実施されていない実態がある。

(3) 成年後見制度の課題

前掲(2)「利用の実態」が示すように、成年後見制度の課題として、制度利用の低迷を指摘しなければならない。高齢化の一層の進展により、支援の需要が大きいことを考慮すると問題は深刻であり、運用や制度の改善が必要である。

成年後見制度は財産管理だけでなく身上監護の支援に一定の理解を示しているが、総合的な身上監護制度を構築するには至っていない。ここに制度が利用されない最大の理由を求めることができるのではないか。いくつか指摘しよう。

成年後見制度における財産管理としての支援は、近代私法制度における意思主義絶対主義を基礎にする合理主義的考え方に支配される。そのために、家庭裁判所の審判や成年後見人等の代理権行使の手続・要件は、財産法の論理が適用され、厳格になる。手続・要件における厳格性は家庭裁判所の業務の多忙につながっている。支援の一層の充実、手続の迅速化が求められるなかで、人的・物的制約のために前記のように支援開始の要件である鑑定の省略に及んでいるのである。

現行制度が判断能力の低下した人を制限行為能力者として位置づけていること、多くの社会的な資格制限は、成年後見制度を財産管理制度として位置づけていることの帰結である。ここでの問題は国連「障害者権利条約」の批准(2014年)に伴う抵触問題(特に12条「法律の前にひとしく認められる権利」)に波及している。

さらに、財産管理における成年後見人等の不祥事は制度の低迷に追い打ちをかけている。成年後見人等の不正行為、違法行為に対しては、監督機能の強化や成年後見制度支援信託の活用など、いくつかの改善策が施されているが、不祥事の発生を防ぎきれていない。

財産管理の論理に支配された現行成年後見制度のもとでは、地域の人々は十分には守られていないのである。

(4) 成年後見制度の改善提案

学界における議論

近時は、現行法定後見制度への批判が強い。例えば、法定後見の3類型を廃し、補助に一元化すべきであるとする補助一元論がある。これはドイツ法の一元論を参考にしている。また、問題の大きい後見類型を廃し保佐と補助に整理すべきであるとする二元論もある。これは日本（さらにはその源であるフランス）の旧制度の二元論に類似するが、その内容は権利制限を抑制しようとするもので違ったものである。他方、コモンロー諸国・地域の立法に対する関心も高く、例えばイギリス2005年意思能力法（Mental Capacity Act 2005）のベスト・インタレスト論を日本法のあり方として紹介するものもある。以上いずれも、外国法に先進例を求め比較法的検討に示唆を得ている点では共通している。

成年後見実務からの提案

成年後見実務を推進してきた団体は以下のように、現行制度の問題点を踏まえ、医療同意など成年後見制度のあり方について相次いで提言をしている。提言の視点は各団体で必ずしも一致しているわけではなく、意思決定支援の概念も同一に解されているわけではないが、全体として財産管理よりも身上監護のあり方を追求している。意思決定支援の呼称は身上監護による支援の重要性を窺わせる。成年後見制度における身上監護論の重要性が認識されてきたといえる。なお、ここでも、比較法研究を重視するものと、日本における実務の経験を重視するものがある。

- ①日本弁護士連合会「医療同意能力がない者の医療同意代行に関する法律大綱」（2011年）
- ②成年後見センター・リーガルサポート「医療行為における本人の意思決定支援と代行決定に関する報告及び法整備の提言」（2014年）
- ③日本弁護士連合会「総合的な意思決定支援に関する制度整備を求める宣言」（2015年）
- ④日本社会福祉士会「意思決定支援を踏まえた成年後見制度の見直しと運用改善に関する本会意見の論点整理（中間まとめ）」（2016年）

内閣府における検討

平成28年4月、成年後見制度の利用の促進に関する法律（利用促進法）が議員立法として成立した。本法に基づき、内閣府に「成年後見制度利用促進委員会」が設置された（委員長大森彌、副委員長新井誠）。同委員会は、成年後見制度利用促進基本計画案の作成に当たっての意見具申や、成年後見制度の利用の促進に関する基本的な政策に関する重要事項に関する調査審議等を行うことを目的としている。委員会