



第6章 Q&A 集

平成15年12月2日開催の『市町村担当者のための「成年後見制度に関する講座」』（大阪弁護士会・大阪社会福祉士会主催、大阪府・大阪市後援）におけるQ&Aに加筆したものをベースに一部改訂を加えています。

Q 1 本人に資産がなく、成年後見報酬が無報酬となる場合があるとのことですが、実際にどの程度そういった事例があり、また引き受ける弁護士はすぐに見つかるのでしょうか。

A 第三者、特に弁護士が後見人となった場合で、無報酬になる場合というのは、実際問題としては極めてまれです。

大阪の場合は、弁護士を後見人に選ぶという場合は、家庭裁判所の方から大阪弁護士会へ弁護士を推薦してほしいという形で依頼が入ります。ですから、無報酬になる場合でもどうしても弁護士をつける必要があるんだということで、家庭裁判所の方から弁護士会へ推薦依頼が来た場合には、何とか無報酬でも引き受ける弁護士を弁護士会の方で探します。

一般的には家庭裁判所の方も、弁護士の場合は無報酬というわけにはいかないということで、一応報酬が出せるような案件を回してくれていますので、今のところそれは少ないというのが実情です。

Q 2 伝達能力が乏しい、在宅の重度の身体障がい者が、家族からの介護放棄等で、生命の危険もある状態で発見された場合に、市長申立てができますか。

A 成年後見制度というのは、精神上の障がいによって判断能力が減退している場合という要件がありますので、「精神上の障害により」という要件を満たさない場合は、成年後見制度は使えません。ですから、重度であっても身体障がいという場合で、精神上の障がいがないということであれば、成年後見は利用できないということになります。

その場合どうするのかというと、現実の問題としては、やはり措置というものを利用して保護していくのか、あるいは身体障がい者がこの制度を利用できないというのは、身体障がい者であっても判断能力があるということを前提にしますから、判断能力がある以上、例えば伝達能力が乏しいということでも、何とか意思疎通を図る方法を考えて、その上で任意代理契約・財産管理契約という形で本人と契約を結んで、本人の保護をしていくというような方向を探っていくということになると思います。

Q 3 検察官の申立権について、相談窓口や手続き等をもう少し詳しく教えてください。

A 検察官の申立てというのは非常に少なく、平成20年は全国で2件あったのみです。例えば、事故や疾病などで精神上の判断能力がないという場合に、知的障害者福祉法にも精神障害者福祉法の対象にも該当せず、また65歳未満の方であれば老人福祉法の対象にも該当しないため、市長申立てができないということになります。その場合は、身寄りがないという

ことであれば、検察官というものが出てくることになります。

実際、検察官の申立てはどうするのかというと、もし事案があれば、大阪の場合は、大阪地方検察庁の企画調査課というところが成年後見の担当をしていますので、そこに電話をしていただいて、まずは相談に行ってください。資料があれば資料を持って行って、こういう事情だから検察官にしか申立てができないということを説明していただければ、あとは検察庁の方で判断して、動くべきものであれば動いて、検察官申立てをしていくという形になると思います。

Q 4 財産侵害だけでなく、本人の身体状況や虐待回避のため、早期の施設入所及び入院を目的とする契約のために、後見人選任の保全処分は申立てできるのか。できない場合、老人福祉法による「措置」しか方法がないのでしょうか。

A 審判前の保全処分としては、年金も含めてですけれども一定の財産が侵害されるかどうかという場合には、財産管理人の選任がなされます。また、それ以外に身上監護面での対応も必要な場合には、後見命令を出させ、当面の施設入所などの契約をさせることも可能です。

ただ、一般的には、そのような保全処分を取ることは稀なので、入所や入院を目的とした場合には、とりあえずの緊急対応としては、措置の方法しかないということです。

Q 5 法人後見のメリット、法人が後見人となるための条件は何ですか。また、大阪弁護士会や大阪社会福祉士会を法人後見人として後見人候補になってもらえる可能性があるのでしょうか。

A 法人後見については、大阪家裁の方が慎重なこともあり、今のところあまり多くの事例はありません。大阪弁護士会は、弁護士会の団体の性質上、法人後見はできないことになっています。大阪社会福祉士会は、現在でも法人「ぱあとなあ近畿」として、後見監督をしている事案があります。いずれにしても、法人の場合は、だれが事務の担当者になるかということを選任に当たって家庭裁判所の方に提出します。法人の謄本と一緒に、担当者の氏名を、責任の所在として登録させています。

法人後見のメリットについてですけれども、ご本人がかなり若年の方（20代、30代の方）に対して、例えば後見人が60代とかになりますと、ご本人より先に最後を迎える可能性が高く、それでは問題があるということです。このような若い方を継続的に支えていくという意味では、法人の方がメリットがあるだろうということです。もう一つは、精神障がいの方などでなかにはエネルギーがあって、後見人を個人一人で受任するには負担が大きいというよ

うな形の場合、法人後見として複数の者が支援するメリットが言われています。

なお、成年後見センター・リーガルサポートでは法人後見を受任している例があります。

Q 6 弁護士が後見人に選任されるべき理由がなくなった場合（遺産分割等が終了）、福祉サービスの手配が中心となるので、社会福祉士に後見人を変更することができますか。

A ご質問のような場合、果たして弁護士の用はなくなったということになるのか疑問です。

もともとの動機が遺産分割にあったとしても、その後、後見人として、身上監護面について適切な判断をしなければならないのであって、本来は変更するというのはどうかと思われます。ただ、実際には、社会福祉士へ交代するケースもありますし、あるいは家庭裁判所の職権で、弁護士だけでなく、社会福祉士を追加選任して途中で複数後見になるという事例もたくさんあります。

Q 7 知的障がいのある人の場合、後見人は第三者ではなく、親がなるケースが圧倒的に多いと思われます。親が選定されることについて、本人の意思が尊重されているか否かは疑問が残りますが、弁護士会・社会福祉士会として親が後見人になることについてどのように思われますか。

A 親や兄弟など親族が後見人になることの適否ですが、本人との関係性がどうかということが大きな問題だと思います。本人の利益だけを考えて判断をすることが可能か、また施設などに対し遠慮なく本人のためにもものを言えるか、などの点が難しいのではないかと思います。ですから、親が選定されることについては、個別の検討が必要だと思います。

また、親が後見人になられる場合は、いずれ亡き後のことがあります。そこで、一つの方法として第三者と組んで、複数後見をされるということも適切ではないかと考えています。そして複数後見を行う過程で、第三者後見だけでも大丈夫だと、親やご本人が思えるような環境になれば、親御さんが辞任するというケースもあります。

Q 8 生活保護受給者でも、第三者が後見人に選定された場合、後見人に報酬を支払うことが義務として課せられていますか。

A 後見人への報酬の付与は、裁判所の職権による判断であり、必ずしも報酬付与がなされるわけではありません。ただし、第三者の後見人をつけるためには、報酬を確保できなければ持続的な制度としては困難が生じることもたしかです。そこで、生活保護の扶助項目として、介護扶助とあわせて、成年後見制度に関しての扶助も創設すべきではないかという問題があ

り、今後検討されるべき重要な課題となっています。

生活保護受給者であって、市町村長申立てにより後見人が選任され、介護保険か支援費を利用する場合には「成年後見利用支援事業」の利用により、後見人報酬の助成ができます。

この場合には、後見人報酬をその助成制度を活用して支払うことができます（一応の目安として、在宅では月28,000円・施設では月18,000円という額が示されています）。

Q9 後見人となった人の研修等は行われていますか。

A 家庭裁判所による研修というのはありません。ただ、大阪では、専門職ではない親族がなる場合には、就任にあたって家庭裁判所からガイダンスのようなものが実施されています。後見人の現任研修ということでは、弁護士会も社会福祉士会もやっているのは、定期的な事例検討会です。その中で、お互い助言者を出し合って、それぞれ得手、不得手がありますので、不得手なところの助言をいただくような仕組みは継続して行われています。

また、日本社会福祉士会では、社会福祉士に対しては、継続研修という形で、組織としての現任研修というのを行っています。

大阪弁護士会では、成年後見人になる候補者の名簿作成にあたって、一定時間の研修を終了することを前提にしています。

この外、司法書士会も、独自の研修を行っています。

Q10 後見人が死亡した場合はどうなりますか。申立ては必要ですか。

A 後見人が死亡した場合には、裁判所の職権で新しい後見人を選任しなければいけないということになります。ですから、あらためて申立てをする必要はありません。ただ、後見人が死亡しても、裁判所に通知される仕組みはありませんから、実際には、後見人の家族や被後見人の援助をしている方々から裁判所に、後見人が亡くなったことを事実上情報提供いただくことが望ましいです。そしてもし、次の後見人になるべき適切な方があれば、情報提供の際に併せて候補者を推薦いただくと円滑に選任が進むこととなります。

Q11 成年後見制度全般について他の国籍の住民の利用は可能ですか。

A 裁判所は、外国人の方であっても成年被後見人、被保佐人又は被補助人となるべき者が日本に住所若しくは居所を有するときは、日本法により、後見開始、保佐開始又は補助開始の審判をすることができます（法の適用に関する通則法第5条）。

Q 1 2 後見開始申立てを期待できる親族のいない認知症高齢者を他人が世話している場合、成年後見制度の利用が必要なため、市町村長申立てを行うとして、実際に世話してこられた方が自ら後見人になりたいと考えた場合、その方が後見人に選任される方法があるのでしょうか。

A 後見人等を誰にするかは、家庭裁判所に選任の権限があります。ただし、裁判所は申立人から推薦のあった候補者や調査の過程で後見人に適切だと思われる方が身近にいることがわかれば、それを参考として選任をすることになっています。

質問の場合、まず市町村として、その方を後見人候補者として推薦すれば、家庭裁判所は、その方について独自に調査の上適切と判断すれば選任することもあります。市町村としては推薦しない場合は、その方が家庭裁判所の調査の過程で、自らを推薦するということにより、家庭裁判所に候補者として考慮を促すことができるでしょう。

ただし、家庭裁判所としての後見人候補者に関する判断は、従来世話してきたかどうかだけではなく、中立の立場で、その方が後見人としての職務に適しているかに絞って判断されます。後見人の職務は法律行為を中心とした判断に関するものであって、しかも専門的知識や経験も必要ですから、身の回りの世話をすることとは、かなり違います。

ですから、自らなりたいと家裁に言っていくことは可能ですけれども、それを裁判所が選ぶかどうかは、被後見人等のニーズに応じて、大きく差異があると思われます。

Q 1 3 （例えば、後見人による虐待が疑われる時など）措置と後見が対立した場合は、どうなりますか。以前優先関係はないと聞きましたが。

A 後見人がついても措置を発動することは法律上可能でして、その優先関係ということはないということになります。ただし、実際の解決の筋道としては、虐待をする後見人は後見人としてふさわしくないわけですから、まずはこれを発見した行政担当者は、裁判所の方に後見人に関する情報を提供して、後見人の変更について相談をするべきです。裁判所が調査の上、虐待が認定されれば、後見人の交代ということになります。そのような筋道では間に合わないという緊急の場合も多いでしょうから、それまでの間、当面は措置によってご本人の安全をはかることが必要であろうと考えます。

Q 1 4 被後見人が、死亡後のことを考え、自分の意思表示にもとづき、遺言を作成する事は可能ですか、被補助人の場合は。

A 後見人が選任されている方は、当然に遺言ができないということではありません。遺言能力というのはまた別の能力で、契約締結能力やさまざまな法律行為をする判断能力とは別の能力です。例えば、精神障がいの方で、時期によって非常に波があるという場合に、精神状態の落ちついている時、複数の医師の判断で、この人には現時点においては判断をする力があるという場合には、後見人が選任されていても、遺言は可能という制度になっています。ただし、常時同じような判断能力の場合には、やはり遺言をする能力もないということになりますので、被後見人の状態によって異なります。

被補助人については、判断能力はかなりある方ですので、多くの場合は、被補助人には遺言能力はあるという傾向になると思います。ただこれも、ご本人の具体的な事情によるので、ケース・バイ・ケースです。

Q 15 市町村長の申立ては、「できる」なのかそれとも一定の責任のある義務なのでしょうか。

A 市町村長の申立権は、「できる」ですから、原則は権限ということになります。しかし、法的には、ある権限についても、一定の要件のもとでは、義務になってしまい、それを怠った場合には不作為違法になる可能性があります。訴訟において、その要件が吟味されてきています。市町村長申立てについて、そのようなことが争われたケースはありませんが、事案によっては今後問題になることはあるかもしれません。例えば、急迫な虐待等があつて、市町村長が速やかに申立てをしていれば、本人の利益や権利が守られたのに、それをしなかった場合に、一定の要件のもとでは申立てが義務化することもあると考えられます。

Q 16 A市に住民登録を行い、国保や介護保険等についてもA市において加入しているが、B市の特別養護老人ホームやグループホーム等に入所しているような場合は、どちらの市長が申立てを行うのが適当ですか。

A 申立や報酬助成等に関する基準や運用が、市町村ごとに差異がある現状においては、質問の場合など、当事者である市町村間での調整には限界があるため、市町村間での一定のルール化や基準作りが求められています。

まず、申立書を提出する裁判所は、本人の住所地を管轄する家庭裁判所です。住民票上の住所地と本人の現在の居場所が異なる場合、住所地をどちらと考えるかは家庭裁判所の判断ですが、実際の生活の本拠地を住所地と認定する例が多いようです。たとえば、長く施設に入所していれば、その施設が所在する市町村を管轄する家庭裁判所が取り扱う可能

性が高いです。

次に申立をするのはどの市町村かについてですが、これは実務上かなり悩ましい問題になっています。

この点について、画一的に「住民票のある市町村や施設の所在地である市町村が申立てをする」あるいは、「施設の所在地である市町村が申立てをする」としてしまいますと、『詳しい措置の状況や経過などを十分に把握できないまま事務を行うことになる』、『病院や施設を多数抱える市町村に申立て事務が集中し、申立て等の費用負担も多大なものとなる』といったことから合理的ではないと思われれます。

市町村長申立については、「老人福祉法」「知的障害者福祉法」「精神保健及び精神障害者に関する法律」の3つの法律が根拠になっています。しかし、質問のように複数の市町村が関係する場合、どこの市町村が申立てを行うのかとの明確な根拠はありません。

そこで、基本的には、「老人福祉法」「知的障害者福祉法」「精神保健及び精神障害者に関する法律」「障害者自立支援法」「介護保険法」「生活保護法」等各福祉法における援護の実施者は誰か、という理念や解釈が、申立て者を誰にするかという解釈の指針になると考えられます。

よって、措置権者、介護保険の保険者、あるいは自立支援給付の実施主体、生活保護受給者の場合は生活保護の実施機関となっている市町村が、申立てを行うのが妥当だと思われれます。

介護保険制度の場合は、「住所地特例」、障害者自立支援法においては「居住地特例」という取り扱いがありますので、「住所地特例」「居住地特例」の考え方は市町村間において実施責任の調整を行なう際の根拠になると思われれます。

ここでは一定の考え方を提示していますが、最終的には、A市とB市において、本人の権利や利益を守るという視点にたった調整を図ることが望まれます。

《参考までに、東京都では、現に措置している場合には、措置権者であるA市が措置をしてB市の施設に入っていれば、A市が申立等をするということにしているようです。また、介護保険や自立支援給付を適用して施設サービスを利用している場合も、介護保険の保険者や自立支援給付の決定をした市町村が申立てをするとしているようですが、具体的には当事者であるA市とB市の調整に委ねられているようです。》

Q 17 成年後見等で、取消権や同意権が付与されている方が、銀行、サラ金、ヤミ金等で借金をし、使ってしまった場合、返済はしなくていいのでしょうか。連帯保証人は請求されるのでし

ようか。

A 後見人は包括的な取消権を有しており、保佐人は法律が定める範囲の同意権・取消権を有しており、補助人は裁判所が付与することで同意権・取消権を有します。取消すというのは、契約をなかつたことにできるということです。取消しをするまでの間は契約は有効に存在しており、返す義務は存在します。返済をしなくてもいいかどうかという問題は、取消権を行使してから後に発生する問題です。

取消しにより、契約は初めからなかつたことになりますから、受け取ったお金が存在していればそれは返さなくてはなりません。しかし、借金の場合、通常はすでに使ってしまったという場合が多いと思います。そのような場合は、本人に「現在も利益が存在する」といえる場合は返さなければならず、「利益が存在していない」といえる場合は返さなくてもよいということになっています。

具体的には、生活費に使ったという場合は、本来、生活費は自分が出さなければ生活できませんから、生活費に使った場合は自分が出すべきお金を出さなくて済んだという点で自分のお金がまだ残っていると考え、利益が存在していると考えます。他方、競馬や競輪で全部使い切ってしまったという場合は、単なる浪費であり、自分が本来出すべきお金を出さなくて済んだということにはならないので利益が存在していないということになります。そうになると、遊び回った方が利益が残っていないので返さなくてよく、生活に使うとお金を返さなければならないということになるわけです。

次に、本人（被後見人等）が借金をし、その借金について連帯保証人がついていた場合、借金の契約が取消されると連帯保証人に請求がくるのか（支払わなければならないのか）という問題ですが、保証というのは、もともとの契約（この場合は借金の契約）があるかないかで保証の責任があるかないかが決まります。従って、もともとの借金の契約が取消権行使により取消されてしまうと、借金の契約は初めからなかつたことになりますから、保証自体も保証人の責任がなくなってしまう。

Q 1 8 補助と任意後見の大きな差として、取消権の有無があるとのことですが、例えば悪徳商法に引っかかったケースにおいて、取消権を行使することは実際的に可能ですか。相手方は①善意である。②被補助人たることを黙秘していたという反論が考えられるのですが。

A 取消権は、補助が開始していることを相手が知らなくても（法律の世界では「知らない」ことを「善意」と言い、「知っている」ことを「悪意」と言います。一般に社会で使われる意

味（善意、悪意には良いこと、悪いことという評価も含まれているのではないのでしょうか）とは異なり、純粹に知っているか、知らないかという客觀的事實だけで、善意と悪意を分けています。）取消権を行使することはできます。このことは問題ありません。

本人が自分について補助が開始しているということを黙っていたという場合であっても、基本的には取消しできます。但し、これについては後に述べるように若干問題があります。

取消権は常に行使できるかという点、被補助人（被後見人、被保佐人も同じです）が、自分は能力者である（すなわち、補助等の開始審判を受けていない）かのように装い、相手にそのことを信じさせるためにうそのことを言ったりした場合（民法では「詐術」と言っています）は取消しができなくなります。

「詐術」とは何か問題となりますが、これについては最高裁判所の判例で、制限能力者であることを黙秘している場合でも、それが制限能力者の他の言動などと相まって、相手方を誤信させまたは誤信を強めたものと認められるときは、詐術に当たるが、黙秘しただけでは詐術に当たらないとするものがあります。

あなたには補助が開始しているんじゃないですかと言われて、そんなことはありませんと積極的に発言して、自分には補助が開始しているのにそれがないように信じさせることをしてしまったら、それは詐術となり当然に取消しできなくなりますが、最高裁判所の判決では、さらに進んで黙秘していても「他の言動」と合わさって詐術に当たるとされる場合があるというわけです。それがどのようなものかという点、これまでに地方裁判所や高等裁判所で争われた事例としては、取締役副社長の肩書のある名刺を交付した場合は詐術に当たるとしたものが、また運転免許証を呈示した場合は詐術に当たらないとしたものがあります。この点はまだ検討していく余地、事例の集積を待つ必要があるといえます。

Q 19 家裁の決定に対する不服申立ての方法を教えてください。

A 家庭裁判所の後見開始等の審判に対する不服申立ては、高等裁判所に対する即時抗告という手続きになります。補助開始の決定、保佐開始の決定、後見開始の決定について不服を申立てることができます。その期間は2週間以内となっています。

なお、代理権付与の審判、同意権付与の審判について不服申立てはできません。

申立てを認めない却下決定に対して不服申立てができるのは、申立人に限られます。

これに対して、申立てが認容された決定に対して不服申立てができるのは、もともとの申立権者である本人、配偶者、4親等内親族や検察官などです。

Q 2 0 福祉サービスの「契約」については、事実上、本人にかわって家族が締結している場合がかなりあるのではないかと思います。契約締結能力のない方の場合、成年後見人のみが福祉サービスにおける契約ができるのですか。家族による代理はどの範囲で可能なのですか。

A 本人に契約締結の判断能力がなければ、後見人がつかなければ契約は結べないということになります。家族による代理とか、その他の信頼できる人の代理ということは、これは法律上は一切何らの代理をする権限もありませんので、それらの人が契約行為を結ぶということは、法律的にはあり得ない、無効な契約ということになります。実態として、家族による契約書への署名などは何になるのかということ、便宜上行っているもので、法的な意味はありません。したがって、早急に正規の手続きに乗せる努力を施設関係者の皆さんや市町村の方がしていただく必要があります。もちろん、契約に至るまでの間についても、御本人の生活上の利益が損なわれてはいけないので、関係者できちんと御本人の意思を尊重するようなケースワークをしていただくのは当然必要なことです。

Q 2 1 成年後見人として選任された方に対し、本人の希望により変更を申し出ることが可能ですか。

A 選ばれた後見人について、本人の意向で嫌だから変更してほしいとは基本的には言えません。どのような後見人が適切かというのは、家庭裁判所が自ら判断して決めることであり、本人の選択によるものではないことになります。できるとすると、法文上は、解任の申立てというのがあり、被後見人でも単独で解任の申立てができます。ただし、その解任の申立てが認められるには、後見人に一定の解任に相当する事由が要ります。たとえば、後見人が職務違反をしている等の重大な事由がある場合に解任の申立てができるということですから、相性が悪いとか、嫌いであるというだけでは解任はできません。

とはいえ、後見人と被後見人の間も、信頼関係に基づく職務でなければできないものから、どうしても信頼関係が維持できないことがあり、これによって後見人の職務に支障を来すという場合であれば、後見人がむしろ辞任をするという方向が考えられるでしょう。また、被後見人からも信頼関係の継続が難しいとして解任を申立て、家庭裁判所が判断して解任することもあり得るでしょう。