

## 【4】 後見人は、被後見人の息子の後見等開始審判を申し立てることができる？

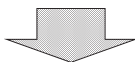
Aさんは2年前に夫が亡くなってから、物忘れが激しくなり、預金払戻しもできなくなり、成年後見人Bさんが選任されました。Aさんには、知的障害のある長男（Cさん）がいて、Cさんの財産管理もAさんが行っていたため、Cさんの生活もままならなくなってきています。Cさんにも成年後見人が必要ですが、申立てをしようとする親族はいません。BさんはAさんの法定代理人としてCさんの後見開始審判申立てができるのでしょうか。

### POINT

- ・成年後見人の代理権に、本人の親族の後見開始審判申立ても含まれるか
- ・成年後見人は「財産に関する法律行為」につき、包括的代理権を有するが、後見開始審判申立ての代理権も含まれると解釈できるか

### 誤認例

成年後見人は、本人の法定代理人として、包括的代理権を有しており、本人の親族の後見開始審判申立てもすることができる。



### 本当は

成年後見人の包括的代理権は、「財産に関する法律行為」について認められるものであり、本人の親族の後見開始審判申立ては、「財産に関する法律行為」に含まれるか否かにつき疑義があり、含まれないとの見解が多く、後見開始審判申立てを認めない扱いが多い。

## 解 説

成年後見人は、成年被後見人の法定代理人として、包括的に広範囲の代理権があるところから、成年被後見人に代わって、その親族の後見開始審判申立ても当然できるとの考えもあります。

しかし、成年後見人については、「後見人は、被後見人の財産を管理し、かつ、その財産に関する法律行為について被後見人を代表する。」(民859)と規定されています。「代表する」とは包括的に代理権を有するということです。

つまり、成年後見人の代理権は、包括的であるものの「財産に関する法律行為」と規定されています。そこから成年被後見人の親族の後見開始審判申立てが「財産に関する法律行為」に含まれるかが問題となります。

成年後見人は、財産管理をその重要な職務の一つとしています。その成年後見人を選任するための審判申立てであること、開始審判申立て以外には成年後見人を選任する途はないことから、「財産に関する法律行為」に該当するとの解釈も可能と考えられます。実際に、成年後見人による成年被後見人の親族の後見開始審判の申立てを認めた例もあります。

しかし、やはり権限の有無に疑義があるため(東京家裁後見問題研究会編『後見の実務(別冊判例タイムズ36号)』21頁(判例タイムズ社、2013))、認めない例もあり、その方が多いと思われます。

現行法では本人の四親等内の親族以外にも、市区町村長(首長)が申し立てることができます(老福32、知的障害者福祉法28、精神51の11の2)(以下「首長申立て」といいます。)。この首長申立ての利用が適切かつ迅速に行われれば、成年後見人による代理申立てを認める必要性は高くありません。

しかし、首長申立ての利用は、地域により大きな差があり、必ずしも適切かつ迅速な申立てはなされていないのが実情です。そこから、制度利用が必要な状況があれば、利用できる方向での解釈が必要かつ適切と考えられ、成年後見人による代理申立ても認められることが望ましいと考えます。しかし、認められない場合も多いので管轄の家庭裁判所の取扱いを事前に確認するしかありません。

保佐人、補助人についても、「本人の子〇〇につき、後見開始の審判申立権」などの代理権が設定できるかが問題となり得ます。保佐人・補助人の代理権は、「特定の法律行為」について付与の審判がなされます(民876の4・876の9)。そこには、「財産に関する」との限定はありません。本人の同意があり(民876の4Ⅱ・876の9Ⅱ)、代理権付与申立時に必要性があると判断されれば、代理権が付与されます。

ただし、被保佐人及び被補助人は、一般的に自ら後見等開始の審判申立てをなすに足る意思能力があることから、保佐人及び補助人に対する代理権付与を申し立てるのではなく、直接被保佐人あるいは被補助人自身が申立人となることができます。

任意後見については、「自己の生活、療養看護及び財産の管理に関する事務の全部又は一部を委託し、その委託に係る事務について代理権を付与する委任契約」(任意後見2一)と規定されています。すなわち、任意後見人の代理権は、財産の管理に関する事務に限定されていないことから、親族の後見開始審判申立てについても、代理権付与が可能と解されています。

例えば、障害者の親が、自身の認知症などによる判断能力の低下に備え、任意後見契約を締結するに際し、「子〇〇の法定後見(補助・保佐・後見)開始の審判の申立てに関する事項」を代理権目録に記載するなどの例があります。

## 第4 身上保護事務

### 【35】 被後見人が施設入所後に入院する場合は、施設を退所する必要がある？

Aさんは、特別養護老人ホームに入所していますが、脳梗塞を起こして入院してしまいました。

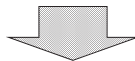
施設からは退所しないといけないのでしょうか。

#### POINT

- ・入所契約の内容
- ・施設基準

#### 誤認例

特別養護老人ホームは介護保険施設であるが、医療ケアを必要として入院したのであるから、退所が必要である。



#### 本当は

入院期間が長期でなく（おおむね3か月以内）、退院後の身体状況も施設での生活が可能であれば、退所する必要はない。

#### 解説

本人の生活場所がどこになるかは、本人にとって、最重要事項の一つです。住み慣れた自宅での生活の継続を望む人が多いものですが、身体状況や精神状況から、施設入所や病院への入院が必要な場合があります。

特別養護老人ホームは、在宅での生活が困難になった要介護の高齢者が入居できる公的な「介護保険施設」の一つで、「特養」と呼ばれています。公的な施設であるため、民間が運営する有料老人ホームに比べると費用が比較的安価であり、看取りの対応が可能などところも多く、「終の棲家」と考えられています。現在、原則として要介護3以上の人が入居対象とされています（介護保険法8X X II、介護保険法施行規則17の9、要介護認定等に係る介護認定審査会による審査及び判定の基準等に関する省令I I三～五）。入居待機者が多く、数年待たないと入れないといわれてきましたが、地域によっては、待機者が減っているところもあります。

他に「老人保健施設」という施設もあり、そこは、医療ケアやリハビリが必要とされる要介護の高齢者を対象とし、原則として、自宅に戻るためのリハビリを中心としている施設であり、「老健」と呼ばれます。入院した場合には、老健は退所となります。

特養については、入所後は終生利用を原則としている施設といえます。しかし、本問のように、入所後に脳梗塞などの疾病により、入院が必要になることがあります。この場合、特養の介護サービスではなく、病院による医療ケアが必要になったということであり、特養の契約をどうするのか、という問題が生じます。

この点につき、厚生労働省が定める「特別養護老人ホームの設備及び運営に関する基準」22条によれば、「おおむね3月以内に退院することが明らかに見込まれるときは」「退院後再び当該特別養護老人ホームに円滑に入所することができるようにしなければならない。」とされています。おおむね3か月くらいで退院できれば、特養に戻れるということです。ただし、入院中も居住費が発生する場合がありますので、契約内容を、施設によく確認することが必要です。

また、3か月以内に退院できる場合であっても、退院時の身体状況によっては、特養では受入れができない場合があります。例えば、胃ろ

う、透析や、24時間の医療的ケアが必要という場合、それら必要とされている医療ケアを、当該特養では提供できない場合があります。その場合は、特養に戻ると必要な医療ケアが受けられないこととなり、他の病院等への転院を検討せざるを得ません。結果として、特養は退所することとなります。本人が必要としているケアを考えれば、致し方ないことです。

なお、有料老人ホーム（以下「ホーム」といいます。）に入所している場合は、ホームとの入所契約により定まることとなりますが、ホーム側から一方的に退所を迫られることはありません。また、ホームでは、各部屋についてホームと利用者が契約をしていますので、入院中でも退所しない限りは、居住費（家賃）や管理費は発生します。食費、介護サービス費用は利用していないため、発生しません。つまり、病院の入院費とホームの居住費（家賃）等の双方の負担が発生することとなるので、経済的に負担できるか検討が必要となります。

さらに、退院後に、そのホームでの生活が可能かについても、特養と同じく、退院後の本人の状況とホームで提供されている介護サービスの内容を見極め、検討していくことが必要となります。

## 第1 任意後見契約

### 【62】 任意後見契約は民法の典型契約ではない特殊な契約である？

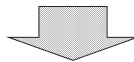
私は、Aさんと任意後見契約を締結したのですが、監督人を選任しなければ任意後見人にはならないと聞きました。とても特殊な契約なののでしょうか。

#### POINT

- ・任意後見契約
- ・公正証書によることの意義
- ・停止条件

#### 誤認例

任意後見契約は、公正証書によってしなければならず、監督人の選任も必要であるなど、特殊な契約である。



#### 本当は

任意後見契約に関する法律に委任契約と規定されているものであり、民法の委任の規定が当然適用される。

#### 解説

平成12年の民法改正により、現行の成年後見制度が施行されましたが、その際に任意後見制度が新たに創設されました。同制度は、本人が任意後見契約の締結に必要な判断能力を有している間に、後見事務の内容と後見をする人（任意後見人）を、自ら事前の契約によって定

めておくものです。

そして、事前に締結される任意後見契約は、公正証書によることとされ（任意後見3）、また、任意後見監督人が選任された時から効力が生じると定められています（任意後見2-1）。任意後見監督人選任が停止条件（民127 I）となっている契約です。

このように特別の定めがあることから、任意後見契約は、特殊な契約であると捉えられがちですが、任意後見契約に関する法律には「自己の生活、療養看護及び財産の管理に関する事務の全部又は一部を委託し、その委託に係る事務について代理権を付与する委任契約である」（任意後見2-1）と定められています。すなわち、任意後見契約の法的性質は委任契約ですので、任意後見契約に関する法律の定め以外は、民法の委任の規定がそのまま適用されます。

委任契約とは、「法律行為をすることを相手方に委託」する契約です（民643）。委託する人を委任者といい、受託する人を受任者といいます。そこから、任意後見契約の受任者は任意後見受任者と呼ばれます（任意後見2-3）。そして、「受任者は、委任の本旨に従い、善良な管理者の注意をもって、委任事務を処理する義務を負」います（民644）。

任意後見契約が公正証書によることとされている理由は、①本人の真意による適法かつ有効な契約となることを制度的に担保すること、②公証役場による契約書原本の保管により契約書の改ざん・滅失等を防止すること、③公証人から登記所への囑託が行われることにより登記を遺漏なく行うことができることなどが指摘されています（小林昭彦ほか編『新成年後見制度の解説（改訂版）』245頁（きんざい、2017））。

任意後見監督人が家庭裁判所に選任されることにより効力を生ずるとされているのは、任意後見監督人を通して、家庭裁判所による公的な監督を伴う任意代理制度として、任意後見契約が設計されているためです。公的な監督があることにより、任意代理人の一類型である任



意後見人の権限濫用を防ぎ、本人を保護することとし、制度に対する安心感を担保しています。

本人の判断能力が不十分な状況になると、「本人、配偶者、四親等内の親族又は任意後見受任者」の申立てにより、任意後見監督人が選任されます（任意後見4Ⅰ）。本人の判断能力が不十分とは、法定後見の3類型のどの場合であっても該当します。任意後見人という呼称から、法定後見の成年後見に該当する後見相当（判断能力を欠く常況）である場合のみに任意後見を発効させることができるとの誤解がありますが、そうではありません。保佐あるいは補助相当であっても、利用が可能です。

ただし、任意後見監督人選任は、本人の申立て又は同意が要件とされています（任意後見4Ⅲ）。任意後見制度は、本人の意思を尊重する制度であることから、本人がそれによる保護を欲しないのであれば、効力を発生させる必要はないと考えられるからです。

本人の同意については、「本人がその意思を表示することができないときは、この限りでない。」（任意後見4Ⅲただし書）とされています。本人の判断能力が後見相当の場合、従前の実務では、「その意思を表示することができないとき」に該当すると判断されることが多かったようです。

今後は、本人の意思・意向を尊重していくことが更に求められており、任意後見契約の発効に際し、本人の同意を十分に確認する運用が必要です。