

法定後見活動におけるソーシャルワークアドボカシー活動の射程 —「財産管理」「身上監護」「法律行為に付随する事務」の関係から—

The Scope of The Social Work Advocacy Activities in Legal Guardianship Activities ;
The Relationship between "Property Management," "Personal Custody," and "Affairs Incidental to the
Practice of Law

小 川 幸 裕
Yukihiro OGAWA

キーワード 法定後見活動、アドボカシー、身上監護、法律行為に付随する事務

1. 研究の目的と背景
2. 研究の方法
3. 倫理的配慮
4. 身上監護の職務範囲に関する立法過程における議論と学説
5. 身上監護に関連する職務範囲
6. 考察
7. まとめ
8. おわりに

1. 研究の目的と背景

(1) 目的

成年後見制度は、財産保全の観点重視され、本人の意思尊重の視点が十分でない指摘されている。本人意思を中心とした法定後見活動には、ソーシャルワークの観点にもとづく「アドボカシー advocacy」概念を中核に位置づけることが重要と考える。法定後見活動におけるソーシャルワーク観点からのアドボカシープロセスを可視化することで、アドボカシー概念を基本とした法定後見活動の有効性を明らかにすることができる。アドボカシープロセスを検討する上で、法定後見活動の職務範囲を明らかにする必要があるが、これまで財産管理と身上監護が分離して議論され、法定後見活動の職務について包括的に検討されていない。

そこで、本論では、立法過程における法定後見活動の職務に関する議論と身上監護の学説を踏まえ、身上監護の職務範囲の比較検討をとおして、法定後見活動を構成する「財産管理」「身上監護」「法律行為に付随する事務」の3点の概念の関係性を考察し、法定後見活動におけるアドボカシー活動の射程を明らかにすることを目的とする。

(2) 研究の背景

1) 本人意思の尊重に関わる身上保護概念の課題

1999年の法改正により、民法858条には成年後見人の職務として財産管理のほかに「身上監護」として「生活、療養上の看護」が規定され、成年後見人等には本人の意思尊重と身上への配慮が義務付けられた。しかし、成年後見制度は法律専門職による財産管理中心の法定後見活動が主流となっており、禁治産・準禁治産制度と同じ財産保全に重点がおかれた制度運用によって利用が低迷している（池原2016；板野2019）。

また、包括的に能力制限を行う後見類型が約8割を占め、法定後見制度は本人の意思尊重よりも保護

の側面が重視されてきた（飯村 2015）。後見実務において、本人の判断能力が低下していることを理由に、本人意思の把握や支援関係者との調整も行わず後見人等自身の価値観に基づいた権限の行使が行われる事例が指摘されている（木口2017；亀井2020）。

このような中、2014年の障害者権利条約の批准を契機に、本人意思の尊重に向けた意思決定支援の仕組みの導入が検討され、「意思決定支援を踏まえた後見事務のガイドライン」（以下、ガイドライン）が策定された（意思決定支援ワーキング・グループ 2020）。ガイドラインでは、成年後見人等による身上保護の一環として意思形成支援と意思表示支援のプロセスが示されたが、表明された意思の実現については身上保護の射程としている。

身上保護は、成年後見制度利用促進基本計画において、被後見人の意思を中心とした身上面の支援が強調されたことをうけ、身上監護に代わる用語として提示された新たな概念である（新井 2019）。身上保護は、法定後見活動を本人の財産を中心とした保護から本人の意思を中心とした生活支援への転換することを目的に、身上監護に本人意思の把握と実現に関わる事務を追加した概念と考えられる（池田 2019）。しかし、身上監護の法根拠である民法858条における「生活、療養看護」の職務範囲は曖昧なままであり、身上保護と身上監護との関係について明らかにされてはいない。

2) 財産管理と身上監護の二分化による生活の断片化

身上監護の職務範囲は、制度創設時の立法担当官の法解釈にもとづき「契約に関する法律行為」に限定される。身上保護は、これまで「法律行為に付随する事務」であった本人意思の把握および実現に関する活動を、法定後見活動に位置づける狙いがあると考えられるが、身上監護の法解釈には言及されていない（上山 2019）。成年後見人等の価値観による権限行使が行われる背景には、身上監護の職務範囲が明らかにされておらず、本人意思を形成し、本人意思を実現する実務の位置づけが整理されていないことが考えられる。身上監護の職務範囲が未整理の状況においては、身上保護概念によって本人意思の実現に関する活動が具体化されることは困難であろう。

これまで身上監護の職務範囲については、立法担当者による「契約に関わる法律行為」に限定する解釈が重視され、意思決定支援に関わる実務や意思実現に関わる実務は「法律行為に付随する事実行為」として正規の実務として扱われていない。

本来、意思尊重に関わる実務は、財産管理と身上監護の両者の法律行為の基盤となる実務であるにもかかわらず、主に身上監護の職務として議論されてきた。これは、法定後見活動を財産管理と身上監護に二分して捉えていることが影響していると考えられる。財産管理と身上監護を別の実務のように位置づけていることは、家庭裁判所が被後見人の資産が多額で不動産処分や相続手続きなど高度な法的知見が求められる事例は法律専門職を選任し、資産が少なく（または無く）被後見人との関係形成が困難で関係者との関係調整や社会福祉関連サービスの活用が必要となる事例は社会福祉専門職を選任することが定着していることから分かる。このような専門性に応じた事例の住み分けは、成年後見制度の利用に至った法的・福祉的課題解決には有効であるが、課題解決後に被後見人を日常的に支える際に、得意とする実務に偏り本人の生活が財産管理と身上監護に断片化されることが危惧される。

3) 本人意思の尊重に関わる生活介入へのパターンリズム批判

民法858条、876条の5第1項、876条の10第1項を根拠に、被後見人の意思尊重と心身の状態及び生活状況に配慮した後見事務の必要性が確認されている。しかし、意思尊重義務と身上配慮義務は、「善管注意義務を敷衍する」（法務省民事局参事官室 1997）とされ、成年後見人の解釈に委ねられている。これまで、本人意思の尊重に関する議論は、ドイツ法やイギリス法との比較検討から本人への介入を最小限の範囲に留めることが提唱されてきた（上山 2010；上山・菅 2010）。結果、法定後見活動において法根拠が不明確な本人意思に関わる活動は、パターンリズムとの批判をうける。

特に社会福祉専門職は、ソーシャルワークの観点から本人意思を中心とした活動を身上監護を用いて行うことを重視しており、身上監護が「契約に関わる法律行為」に限定される中では、本人意思に関わ

る活動は事実行為となり、かつパターンリズムの恐れがあるとして、法根拠のない生活介入として批判を受けている。加えて、社会福祉専門職が成年後見人として活動する場合の意識について、『本人のため』だけでなく『合法的である』ことも踏まえての本人支援となるよう、より一層心がけなければならない(大矢 2010: 44) と、社会福祉専門職が法定後見活動を行う際は、民法が規定する法的範囲を意識することが強調されている。しかし、ソーシャルワーカーである社会福祉専門職による法定後見活動は、被後見人を中心とした生活支援であるため民法の規定内に収まらないことも多い。成年後見制度が民法に規定される制度であるという理由から、被後見人に民法の規定の中で限定的に関わる法定後見活動はソーシャルワーク専門職として期待される役割を果たせているとはいえない。

また、社会福祉専門職が身上監護の内容を議論しなくなった理由について、池田(2007: 398)は「身上監護事務の内容が、生活を支える各種サービスの『手配』と『契約』そしてサービスが適切に提供されているかの『監督』という点で周知されてきた」と指摘している。社会福祉専門職による被後見人の意思の実現がサービス調整と監督に限定され、ソーシャルワーカーの立場から被後見人の意思の実現が十分に検討されていない。

4) ソーシャルワークの観点にもとづくアドボカシー活動の射程を明らかにする意義

身上監護と財産管理の一体的に展開には、法律行為を支える実務として本人意思の把握と実現に関わる活動が基盤に位置づけられることが重要である。しかし、現在の法解釈では、意思尊重義務および身上配慮義務は、「善管注意義務の具体化という規定の性質上、契約等の法律行為に限られるもの」(渡部 2015: 214) とされ、法律行為を支える事務となる意思尊重に関わる実務を位置づけるかどうかは成年後見人の法解釈に委ねられる。

これまで法定後見活動の中核には権利擁護が位置づけられていたが、弁護士や司法書士など法律専門職が中心に運用を支えてきた経過から、権利擁護概念は、本人意思の表明と実現よりも侵害された権利の法的回復や救済に焦点があてられてきた(小川 2018)。法定後見活動における権利擁護は、財産を守り、侵害された権利の回復や救済に限定されず、「本人の自己実現に向けた取り組みを保障する」(岩間 2014: 501) ことが重要である。岩間は、このような「本人らしい生活」と「本人らしい変化」を支える権利擁護を「積極的権利擁護」として説明しているが、その内容はアドボカシーに近似している(高山 2014)。

しかし、日本成年後見法学会(2005: 3)によるアドボカシーの定義は、「人間としての人権、特に私的権利を自分自身で主張し実現することのできない人の権利を実現するために代弁する」と権利実現まで射程に含めるものの、法的権利の代弁を強調するリーガルアドボカシーの内容に近い。法定後見活動での本人意思の尊重は、本人と本人を取り巻く環境との相互作用の観点から、ミクロからマクロへの一連の働きかけのプロセス含むソーシャルワークの観点にもとづくアドボカシーが有効と考える。法定後見活動におけるソーシャルワークアドボカシー¹⁾の射程を明らかにすることによって、財産管理と身上監護に二分される法定後見活動での本人意思の尊重にかかわる実務を浮き彫りにすることができる。

2. 研究方法

研究方法は文献研究であり、本研究は以下のように構成される。第4章で、先行研究のレビューとして民法858条の立法過程における議論と身上監護に関する学説を検討する。第5章では系統的文献レビューから身上監護の定義(職務範囲)に関する比較整理する。第6章では、まとめとして、「財産管理」「身上監護」「法律行為に付随する事務」「事実行為」の関係を考察する。

また、第5章の文献レビューは、近年、焦点化された検索戦略に基づき、文献を網羅的に収集し、体系的統合を図る事が出来る手法として、系統的文献レビューの有益性が主張されている(木原 2009、

大木 2013)。多くの研究者によって論じられる身上監護の定義を概観するためには、一定の手順に基づき文献を収集する系統的文献レビューの手法を用いることが妥当であると考えた。系統的文献レビューの手続きは以下となる。

(1) 文献検索と論文および図書の選定方法

文献検索では、電子データベース検索を基軸として、雪だるま方式 (Snowballing method) による引用・参考文献欄 (References) からの該当書の検索と、頻出著者名を使用した著者検索の3つを用いた。電子データベース検索では、CiNii (NII 学術情報ナビゲータ) が提供する文献データベース「CiNii Articles」と「CiNii Books」及び「NDL-ONLINE (国立国会図書館検索・申込オンラインサービス)」を併用し、複数の電子データベースを活用する事により抽出漏れを可能な限り減らせるよう努めた。論文と図書の検索式は、「(身上監護 OR 身上保護) AND (成年後見 OR 後見活動)」として、期間は限定せず、検索を行った日 (2020年10月末日) までに登録される全ての研究を対象とした。データベース検索から抽出した文献は、1次スクリーニングで表題と抄録の情報から、2次スクリーニングとして本文の情報から、選定基準に1つでも該当しない論文は除外していき、最終的な分析対象文献を選定した。

(2) 選定基準

選択基準は4つの包含基準 (①検索式のキーワードをタイトルに含む、②アドボカシーの定義が記載されている、③原著論文、学術論文、著書等の一次文献、④以下の除外基準に該当しない) と、4つの除外基準 (①二次・三次文献、②会議録・総説・解説・特集、③国外の研究報告、④重複文献により設定した)。

(3) 補完検索

系統的文献レビューにおいては補完検索の重要性が指摘される為 (木原2009; 大木2013)、上記のスクリーニング結果を元に、雪だるま方式に基づき引用・参考文献欄を多重に辿り文献を収集する手法と、著者として2回以上名前が見られた頻出論者名を再度電子データベースにて検索し該当文献を探す著者検索の2つの手法により、先行文献の補完検索を実施した。補完検索により抽出された論文は、上記と同様の選択基準により採択の可否の検討を行った。

3. 倫理的配慮

本稿においては、「日本社会福祉学会研究倫理規定」を遵守している。

4. 身上監護の職務範囲に関する立法過程における議論と学説

成年後見制度における身上監護の職務範囲は、1995年に法制審議会の民法部会が、成年後見問題の審議の基礎となる論点整理・調査研究を行うことを目的として法務省民事局内に設置した「成年後見問題研究会」(以下、研究会)の議論をもとに整理されている。その後、1997年9月30日にその検討結果を取りまとめた『成年後見問題研究会報告書』が公表され、この報告書の内容をさらに検討して、1998年4月に『成年後見制度の改正に関する要綱試案の解説—要綱試案・概要・補足説明—』が公表された。これらを踏まえた審議、検討によって、1999年に成年後見制度が施行された。

そこで、本章ではまず研究会における民法858条に関する議論を概観し、立法担当者の見解を検討する。次に、身上監護事項をめぐる学説は、「身上監護の定義」について共通の理解が図られておらず論

者によって内容が異なる。学説は、身上監護を成年後見制度の職務に含む説と含まない説に分かれる。また、身上監護を重視する程度の違いで身上監護事項についていくつかの学説に分かれることから、学説での議論を整理、検討する。

(1) 成年後見問題研究会における身上監護に関する議論

研究会で身上監護について議論された課題は、①固有の身上監護権限・義務の有無、②身上監護に関する成年後見人の職務範囲、③身上監護に関する条文の位置づけの3つであった(新井 1999; 床谷 2001; 小賀野 2011、2012; 上山 2010; 渡部 2015)。

1) 固有の身上監護権限・義務の有無

成年後見人の法的な権限と義務として、財産管理に対する権限と義務とは別に、新たに追加された身上監護に固有の権限と義務を認めるべきかが議論された。これは、成年後見人による身上監護をめぐる体系的な位置づけの問題であり、理論的な枠組みを示すものであった。身上監護の職務を遂行するうえで、固有の身上監護権限・義務が必要かについて「身上監護権限・義務否定説」と「身上監護権限・義務肯定説」の2つの立場から議論がおこなわれた。

まず、「身上監護権限・義務否定説」とは、身上監護の事項の多くは財産管理そのものか、あるいは財産管理的色彩を有する行為であり、その意味で身上監護を財産管理行為の一部として捉える説である。身上監護は、成年後見人の職務対象とされるべきはすべて財産管理行為に還元できる(財産管理行為の態様として説明できる)ことになるため、「成年後見人は本人の財産の管理に当たっては、善管注意義務の一環として、本人の福祉に配慮しなければならないと解することとすれば足りる」(上山 2010: 64)とし、法定代理権や財産管理権と性質の異なる固有の身上監護権限・義務を考える意味は全くないとする。当時、この立場をとる者は少数であった(小賀野 2012)。

次に、「身上監護権限・義務肯定説」では、社会の少子高齢化および核家族化の進展に伴い、高齢者夫婦のみや独居老人の世帯が増加し、身上面での援助に対する社会の需要が増加することが予測され、療養看護義務に関する旧民法858条の規定の削除によって身上監護に関して後退したという批判を招くこと、本人財産は財産管理のみならず身上監護のためにも利用されるべきであり、本人の身上監護についての権限および義務を成年後見人に認める旨の規定を置くことが妥当(法務省民事局成年後見問題研究会 1997)という見解が示された。この見解をうけ、身上監護に固有の権限と義務を認める「身上監護権限・義務肯定説」が多数を占めた。この説をとる論者の多くは、「成年後見人は、本人の身上について配慮し、かつ、必要な決定および監視を行う」(上山 2010: 64)旨を規定すべきであると主張した。

2) 身上監護の職務範囲

第二は、成年後見人が行うべき身上監護の具体的な活動内容となる身上監護の職務範囲に関する議論である。身上監護における固有の権限・義務の有無をめぐる議論は、身上監護に固有の権限・義務を認める説が有力ではあった(小賀野 2011)が、身上監護の意義自体について共通理解が得られていなかった。上山(2010)によると、身上監護に関して論じられてきていた個々の事項は、身上監護に関する職務を行う上で財産管理における権限で対応可能かという「財産管理との関係」と、身上監護における固有の権限は必要であるかという「利用者の身体に対する強制の有無」の2つの指標について検証された。研究会では、個別的に検討していくという各論的アプローチがとられ被後見人の身上監護面の重視が打ち出されたが、「身上監護の内容については明確なイメージができていなかった」(上山 2010: 98)。

研究会の報告書によれば、議論の対象として取り上げられた身上監護に関する項目は、7つの大項目にくくられた60項目あまりに上っていた。研究会では、この60あまりの各項目について、(a) 財産管理との関係(「財産管理を伴う事項」、「財産管理と関連するがそれが本質的要素ではない事項」、「財産と

¹ 上山(2010)は、立法者がこの条文に込めた意味(立法者意思)は、民法858条の解釈を考えるうえで出発点となると述べている。

² なお、住居の確保については、859条の3に個別規定が設けられた。

関連しない事項」の3種」と、(b)「被保護者の身体に対する強制を伴うか否か」という2つの指標に基づいて整理を行ったうえで、成年後見人としての適否が個別的に検討され、成年後見人が行うべき身上監護事務の範囲を具体的に確定しようとした(星野2000)。

研究会では身上監護に関係する成年後見人の職務については、①健康診断等の受診、治療・入院等に関する契約の締結、費用の支払等、②本人の住居の確保に関する契約の締結、費用の支払等、③老人ホーム等の入退所に関する契約の締結、費用の支払等及び、そこでの処遇の監視・異議申立て等、④介護を依頼する行為及び介護・生活維持に関連して必要な契約の締結、費用の支払等、⑤教育・リハビリに関する契約の締結・費用の支払等と5つが確認された。そしてこれら①～⑤の各項目に関する契約の締結、相手方の履行の監視、費用の支払(介護・生活維持のための社会保障給付の利用を含む)、契約の解除等、契約の発生から消滅に至る一連の法律行為およびそれらの法律行為に関連する限り異議申立て等の公法上の行為が民法858条の注意義務の対象とされ、財産管理行為に還元される範囲で「本人の身上に配慮すべき義務」を負うことで整理された。

また、「現実の介護行為」と「本人の意思に反する医的侵襲(いわゆる医療同意権の問題)」や「施設への入所等の強制(いわゆる居所指定権の問題)」が職務範囲外であるという認識は、研究会で議論された身上監護権限・義務否定説および身上監護権限・義務肯定説の両説の共通理解とされた(法務省民事局成年後見問題研究会1997)。

ただし、立法担当官は、「法律行為に当然伴う事実行為を含む」としており、いわゆるアドボカシー(advocacy = 本人の身上面に関する利益の主張を補助し、または本人の身上面に関する利益を代弁すること)等についても、民法858条の規定の解釈として合理的な範囲内(契約等の法律行為に関する権限の行使に伴う注意義務の範囲内)である限り含まれる(小林ほか2017:151-152)という立場をとった。

上述した①～⑤が成年後見人の職務範囲として確認され、「現実の介護行為」「本人の意思に反する医的侵襲(いわゆる医療同意権の問題)」「施設への入所等の強制(いわゆる居所指定権の問題)」を職務範囲に含めず事実行為とすることが、研究会での身上監護権限・義務否定説および身上監護権限・義務肯定説の両説の前提であった(上山2010)。

3) 身上監護に関する条文の位置づけ

第三の議論は、身上監護に関する条文の位置づけについてである。これは、身上監護に固有の義務と権利を認める議論と身上監護に関する成年後見人の職務範囲の議論を通じて確認された成年後見人の身上監護に関する権限と義務を、法律の条文として具体的にどう表現するかという問題である。そして、禁治産・準禁治産者制度での身上監護に関する旧民法858条を具体的にどのように改正するかという問題であり、主として立法技術的な課題であった(小賀野2011)。

身上監護に関する条文の規定は、旧民法858条「禁治産者の後見人は、禁治産者の資力に応じて、その療養看護に努めなければならない。禁治産者を精神病院その他これに準ずる施設に入れるには、家庭裁判所の許可を得なければならない。」と規定されていた。この旧民法858条1項の規定は、禁治産者の身上面に関する事項としてその療養看護に努めるべきことを成年後見人の責務として規定しているが、「療養看護」に関しては、①対象行為が限定されているため、身上面の多様な職務を包摂する規定振りになっていないこと、②事実行為との境界が不明確であること等の問題点が指摘されていた(小林ほか2017)。

これらの問題点をふまえ、研究会では、身上監護に関する新规定の位置づけについて、旧民法858条1項を改正すべきという意見と、同項を維持したうえで別個に新规定を創設すべきという意見が出された。この新规定の性質については、①旧民法858条1項の療養看護義務を拡張したものと捉える説(療養看護義務拡張説)、②財産管理に関する法律行為における身上監護に関連する事項についての善管注意義務(民法869条・644条)の内容を具体化・明確化したものと捉える説(善管注意義務具体化説)、

③財産管理権を前提として、財産管理と関連のある範囲で身上監護に配慮すべき新たな性質の権限・義務と捉える説（固有の身上配慮義務説）の3つの意見がみられ、固有の身上配慮義務が必要であるという意見がおおく、後見人が被後見人の「生活、療養看護」を行う必要性が確認されていた（上山2010：65）。研究会では、身上監護に関する議論を進展すべく「身上監護権限・義務肯定説」を採用し、民法858条を改正したにもかかわらず、身上監護の職務範囲は契約に関する法律行為に限定させたことで、理念と実務が乖離した整理となった。次項では、このような理論的に整合性が取れない整理を立法担当者がどのように解消したのかを確認する。

（2）民法858条の改正と立法担当官による解説

改正前の民法858条第1項は、成年後見人の療養看護義務を定めていた。改正の過程で示された「成年後見制度の改正に関する要綱試案」（以下、要綱試案）では、「後見人の療養看護義務等に関する民法第858条の規定は、後見類型に特有の規定として、現行どおり維持するものとする。」と記載されていたが、要綱試案に対する意見照会において、同条又は同条第1項の削除を求める反対意見が多数寄せられた。理由は、身上監護を事実上後見人に課された義務と受け取られる懸念、つまり成年後見人等が成すべき義務である法律行為とそうではない事実行為の混同を恐れたこと、それに伴う成年後見人等の担い手不足への懸念があったと立法担当官は説明している（上山2010）。

要綱試案の段階では、身上監護権限・義務肯定説に親和的な新規定を創設することが検討されていたため、全体としては成年後見人の身上監護権限・義務に関するスタンスが不透明になった。しかし、これに対して、旧民法858条を廃止して、同条1項が規定していた療養看護義務に基づく事実行為としての看護義務（事実行為としての看護労働義務）を排除することで、成年後見人の職務対象（正確には現行民法858条の身上配慮、義務の適用対象）は原則的に契約等の法律行為に限定された（床谷2000）。要綱試案から現行法への移行の過程で、立法担当官は身上監護の問題を身上監護権限・義務否定説の視点から体系的に整理したが、これに伴って、新設した現行民法858条の性質についても、研究会で主張された三説のうち最も身上監護権限・義務否定説と親和性の高い善管注意義務具体化説によって説明されることになった（上山2012）。

この要項試案に対する意見照会を踏まえて、先の旧民法858条を維持するという要項試案の方針は最終的に変更され、同条は2項も含めて完全に廃止されることになった。そして旧民法858条に代わって、身上配慮義務および本人意思尊重義務に関する新たな一般規定として現行民法858条が創設された。現行民法858条は、「成年後見人は、成年後見人の生活、療養看護及び財産の管理に関する主任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、その心身の状態の及び生活の状況に配慮しなければならない」に改正された。その中で「生活、療養看護」を身上監護、「財産の管理」を財産管理、「意思を尊重」を本人意思尊重義務、「心身の状態及び生活の状況に配慮」を身上配慮義務と整理した。

立法担当官は、現行民法858条の性質について、「身上監護の充実の観点から、成年後見人が成年被後見人の身上面について負うべき善管注意義務（民法第869条において準用する第644条）の内容を敷衍し、かつ、明確にしたものとして位置づけるのが相当」（小林・原2002：259）であると説明している。

そして、現行民法858条が成年後見人に要求する義務は、「成年後見人が成年被後見人の生活、療養看護及び財産の管理の事務を行うに『当たって』尽くすべき義務として規定されたものであり、それ自体独立の権限・義務として位置づけられるものではない」とし、「成年後見人は、未成年後見人とは異なり、後見の事務として身上監護一般についての事実行為を行うものではない以上、これに対応する独立の身上監護義務も負わないこと」（小林・原2002：260）になると明言している。

立法担当官が、身上監護権限・義務否定説を採用したことで、現行民法858条の法的性質が、成年後見人の法律行為に関する権限の行使にあたっての善管注意義務として純化された。そして、この立法担

当官の説明に従う限り、「要綱試案がもっていた理論的な不透明さは、研究会ではむしろ少数説であった身上監護権限・義務否定説の視点に立った体系的整理を通じて解消」（上山 2010：68）された。

結果、立法担当官は、民法858条の条文の規定を療養看護義務に限定しない一般的な規定として新設し、後見事務は事実行為を含まない法律事務に純化させ、さらに本人尊重義務は善管注意義務を敷衍したものと位置づけた。つまりこの規定は、「後見事務を行うに『当たつて』尽くすべき義務規定なのであり、それ自体独立の権限・義務として位置付けられるものではない」（小林・原 2002：260）という性質のものとして位置づけられることになった。

立法担当官は、研究会による理念と実務の乖離について、身上監護における固有の権限と義務を否定することで実務に理念をあわせ整合性をとっている。これにより身上監護の職務範囲は法律行為に限定（純化）され、法律事務における本人尊重義務は、「善良なる管理者の注意義務」の程度で足りると整理された。研究会の理論的不透明さは立法担当官によって解消されたが、身上監護における本人尊重を実現する実務は、法律行為に付随する事実行為として正規の実務から除外された。

（3）身上監護に関する学説

身上監護に関する学説は、財産行為概念を中心に身上監護は財産管理に還元されるとし身上監護を限定的に捉える学説と、身上監護は被後見人の生活の支援を含み財産管理は身上監護の一部と捉える身上監護を積極的に推進する学説に大別される。

1) 財産管理限定説

身上監護は財産行為に還元する立場をとるのは、星野（2000）、床谷（2000）、内田（2008）らが代表的な論者で、身上監護は財産行為に還元できるとし、身上監護義務を安易に主張することは妥当ではないとする伝統的見解の立場をとる。

星野（2000）は、民法という法律の基本的性格から成年後見制度は財産管理が中心であることは自明と捉えており、「世間では改正後の成年後見制度は、身上監護を強化するものだ、という誤解」があり、このような幻想を与えないよう十分にPRすべきとの意見が法制審議会であったことを紹介して、「財産管理が中心であるのは当たり前のこと」（星野 2000：6）と述べている。また、星野（2000）は、身上監護の具体的内容には言及することは避けつつ、成年後見人等の義務として、成年後見人等は強制を伴うことはできないはずだということ、事実行為をすることを義務とすべきではないこと、医療行為の同意は取り上げないことの3つをあげている。星野は、成年後見人等には身上監護をほとんど考慮する必要がないという立場をとり、財産管理を取引行為に限定した財産管理限定論を展開している。

内田（2008）も、財産管理は有産者の取引行為にのみ関するものであるとし、財産管理（取引行為）限定論を展開している。内田（2008：118）は、「成年後見人等の権限は、あくまで契約などの法律行為に関するものに限られるから、心身の常態に配慮するといっても、医療契約や施設への入所契約などの際の善管注意義務の一種であり、実際の介護のような事実行為は含まないことに注意が必要」（内田 2008：119）と述べている。そして、成年後見制度は、無産の認知症高齢者や知的障害者・精神障害者にはかかわらず、これら対象者の身上監護は成年後見制度の範囲には含まれないとする（内田 2008）。つまり、認知症高齢者や知的障害者・精神障害者への支援は、福祉政策の課題であり、民法858条に規定される身上監護に過大な幻想をもつべきではなく、身上監護に関わる事務は、国家が福祉の分野で果たすべき責任と位置づけている。内田は、財産管理限定説をとりながら、その財産管理についてすら消極的な利用に留めるべき立場をとっている。

床谷（2000）は、「成年後見法が身体に対する強制を一切含まないものとされていることからすれば、成年後見にはいわゆる身上監護事務なるものは存在せず、あるのはただ、被後見人の意思を尊重し、身上に配慮しつつ行うべき財産管理事務のみ（中略）、新法は、成年被後見人の身上に対する配慮を具体的に保障したものではない」（床谷 2000：533）と述べ、成年後見制度で強制を含まないことを根拠に、成年後見制度はあくまで財産管理の制度であり身上監護は存在しないとする。

そして、「後見人の役割は、結局は、今ある個人資産および今後得られる財産ないし支援の制度をいかに活用しながら、被後見人のより良い生活を実現するかということに帰着する」(床谷 2000: 549) と、法定後見活動において成年後見人等は財産管理に重点をおいた活動に限定すべきという。

2) 身上監護推進説

身上監護を推進する立場をとるのは、小賀野(2000)、上山(2010)らが代表的な論者で身上監護を成年後見制度の中核に据え、法律行為に加えて積極的に独自の権限・義務を認める立場を主張している。

小賀野(2000)は、「古典的な福祉の体系や内容を前提にし、かかる福祉と厳格に区別されるものとして民法の特徴を述べることはできない。『措置から契約へ』の方式の転換が象徴するように、福祉法は介護保険法が導入されたことによりその理念、内容、方法などにおいて変質している」(小賀野 2000: 34) と、介護保険法導入に伴い古典的な民法の体系は変質してきていることを踏まえ、民法と福祉法は契約を媒介として密接に関係するようになったと述べている。

そして、「身上監護を幻想としてしまうと、身上配慮を導入したとされる新法の意義を減殺してしまうことにもなりかねない。(中略)新法が、成年後見人の事務として、療養看護及び財産の管理(旧858条)のほかに『生活』を掲げ(新858条)、身上看護に関する事務をより一般的に明示するとともに、成年後見人等について身上配慮義務を明示したこと(858条、876条の5第1項、876条の10第1項)は、旧法の問題点を改めるものであり、新法の性質を考えるうえで欠くことのできない要素である。これは、民法を生活支援の法としてとらえ直す契機となり得る」(小賀野 2000: 34) と、このような民法を取り巻く状況変化に対応して、民法の体系は固定的に考えられるべきではなく、民法と福祉法との融合が現代においては顕著であるため、財産管理限定説を乗り越える民法の体系も認めている。

次に、上山(2010)はより快適な生活の維持を重視する立場から財産管理限定論を克服しようとしている。上山(2010: 66)は、「身上配慮義務が要請する身上監護とは、客観的な視点から見た利用者の生活の質(クオリティ・オブ・ライフ: QOL)の維持・向上を目的とした活動であると位置づけられる(中略)、成年後見人には利用者の生活の質の維持・向上のために積極的に利用者の資産を活用するという発想が求められる」とし、財産管理と身上監護の関係について「現行制度が身上配慮義務を通じて成年後見人に求めているのは、こうした『財産管理のための財産管理』ではなく、あくまでも『利用者のための財産管理』であるはず」(上山 2010: 67) と述べている。上山説は、財産管理の内実の変化を強調している。「財産管理のための財産管理」から「利用者のための財産管理」が重視されることによって、財産管理と生活全般の支援との結合を導き出そうとしている。

また、上山(2010)は、成年後見制度が創設された当初から、身上配慮義務の独自性として、①資産保全管理でなく資産活用(消費)的管理の原則化、②本人の現状を確認する一般的見守り活動義務、③変化する本人ニーズを制度利用にのせる後見内容変更義務、④特約等による義務軽減免除の不能性の4点をあげ、成年後見人等の固有の身上配慮義務として位置付けることができると説明している。

5. 身上監護に関連する職務範囲

(1) 検索結果と選定結果

論文の電子データベース検索では、CiNii Articles より70件、CiNii Books より11件、NDL-ONLINE より151件が抽出された。総計232件に対して選択基準を用いて1次スクリーニングと2次スクリーニングを行った結果、包含基準に該当した文献は18件であった。スクリーニングで抽出した18件に対し、引用・参考文献欄から雪だるま方式を用いた該当書検索と頻出著者名を使用した著者検索を行い11件抽出した。この11件に対し選択基準を用いてスクリーニングを行った結果、包含基準に該当した文献は1件であった。最終的にレビュー対象文献として採尺したのは18件、補完検索による1件の合計19件であった(図1)。

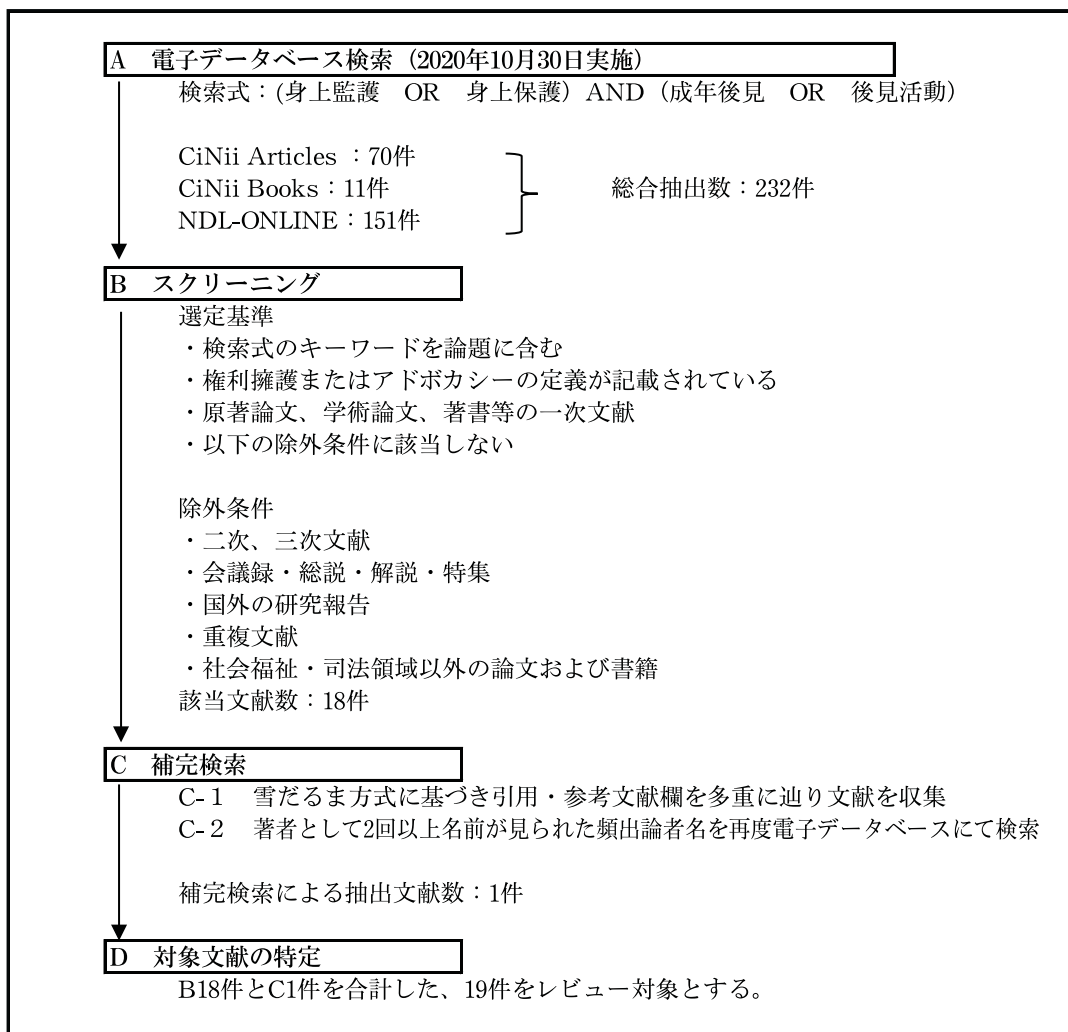


図1 文献検索・選定のプロセス

(2) 身上監護の職務範囲の整理

レビュー対象文献とした採択19件の文献に記載されている身上監護の職務範囲に関する記述を年代順に整理した(表1)。

身上監護の具体的な事務内容は、成年後見制度の成立過程で議論が重ねられた末に提示された成年後見問題研究会(1997)と法務省民事局参事官(1998)の内容を基本に、主に、①医療に関する事項、②住居の確保に関する事項、③施設の入退所、処遇の監視・意義申立てに関する事項、④介護・生活維持に関する事項、⑤教育・リハビリに関する事項の5項目に関する契約の締結、相手方の履行の監視、費用の支払、契約の解除などの一連の法律行為およびそれらの法律行為に関連する範囲での異議申し立て等の公法上の行為である。また、実際の介護行為、本人の意思に反する医的侵襲(いわゆる医療同意権の問題)、施設への入所等の強制(いわゆる居所指定権の問題)については、どの整理においても職務範囲外となっていた。

その他、山口(2011)は、「就労・余暇活動・文化的活動等の社会参加に関する事項」も含まれるとし、小賀野(2012)も、「社会福祉系事務」、「医療系事務」、「生活系事務」という表現で身上監護の職務範囲を示し、「生活系事務」は、「社会福祉系事務」と「医療系事務」以外の生活系事務の全てがここに含まれ、衣・職・住に契約の締結など、多種多様な事務が扱われるとするなど、身上監護の職務範囲はあいまいさを残した整理となっている。

表1 身上監護の職務範囲(その1)

| ID | 著者 | 身上監護の職務範囲に関する記述 |
|----|-------------------------------|--|
| 1 | 法務省民事局成年後見問題研究会(1997) | ①健康診断等の受診、治療・入院等に関する契約の締結、費用の支払い等、②本人の住居の確保に関する契約の締結、費用の支払い等、③老人ホーム等の入退所に関する契約の締結、費用の支払い等およびそこの処遇の監視・異議申し立て等、④介護を依頼する行為及び介護・生活維持に関連して必要な契約の締結、費用の支払い等、⑤教育・リハビリに関する契約の締結・費用の支払い等。 |
| 2 | 法務省民事局参事官室(1998) | ①介護・生活維持に関する事項、②住居の確保に関する事項、③施設の入退所、処遇の監視・異議申立て等に関する事項(公法上の異議申立ても含む)、④医療に関する事項、⑤教育・リハビリ等に関する事項等であり、それら各項目に関する契約の締結、相手方の履行の監視(施設内の処遇の監視等)、費用の支払(介護・生活維持のための社会保障給付の利用を含む)、契約の解除等、契約の発生から消滅に至る一連の法律行為およびそれらの法律行為に関連する限り異議申立て等の公法上の行為が本条の注意義務の対象となる。これら法律行為に関連するアドボカシー(advocacy=本人の身上面に関する利益の主張を補助し、または本人の身上面に関する利益を代弁すること)等についても、本条の規定の解釈として合理的な範囲内(契約等の法律行為に関する権限の行使に伴う注意義務の範囲内)である限り含まれる。 |
| 3 | 道垣内(1998:36) | 健康診断等の受診、治療・入院等に関する契約の締結、費用の支払い等、本人の住居の確保に関する契約の締結、費用の支払い等、老人ホーム等の入退所に関する契約の締結、費用の支払い等およびそこの処遇の監視・異議申し立て等、介護を依頼する行為および介護・生活維持に関連して必要な契約の締結、費用の支払い等、教育・リハビリに関する契約の締結・費用の支払い等。 |
| 4 | 上山(2000:81) | ①健康診断等の受診、治療・入院等に関する契約の締結、費用の支払い、②本人の住居の確保に関する契約の締結、費用の支払い、③老人ホーム等の入退所に関する契約の締結、費用の支払等、および、そこの処遇の監視・異議申立て、④介護を依頼する行為および介護・生活維持に関連して必要な契約の締結、費用の支払い、⑤教育・リハビリに関する契約の締結・費用の支払い、⑥法律行為としておこなわれる異議申立て等の公法上の行為、⑦アドボカシー活動、⑧訴訟行為(訴訟提起・追行等)、⑨一般的見守り活動。ただし、⑥および⑧は、身上監護事項との関連があるケースもあるということにすぎず、純粋な意味での身上監護事項ではない。 |
| 5 | 能手(2003:298) | ①介護・生活維持に関する事項、②住居の確保に関する事項、③施設の入退所・処遇の監視・異議申立て等に関する事項、④医療に関する事項、⑤教育・リハビリに関する事項等」の法律行為と、その法律行為に付随する事実行為(本人の身上面に関する利益の主張を補助し、または本人の身上面に関する利益を代弁する、いわゆるアドボカシーも、この合理的範囲内において含まれることになる)。 |
| 6 | 岩田(2005:13) | ①介護・生活維持に関する事項、②住居の確保に関する事項、③施設の入退所・処遇の監視・異議申立て等に関する事項、④医療に関する事項、⑤教育・リハビリに関する事項等のすべて。 |
| 7 | 赤沼(2006:98-99) | ①医療に関する事項、②住居の確保に関する事項、③施設の入退所、処遇の監視、異議申立て等に関する事項、④介護・生活維持に関する事項、⑤教育・リハビリに関する事項、これらの事項に関する、契約の締結、相手方の履行の監視、費用の支払、契約の解除等が職務となる本人の身上面に関する利益の主張を補助し、または本人の身上面に関する利益を代弁するいわゆるアドボカシーも、この職務に含まれる。 |
| 8 | 山口(2008:66) | ①医療、②住宅、③施設の入退所、サービスの監視・異議の申立て、④介護・生活維持、⑤教育・リハビリなど、生活全般に関する事務であり、契約締結などの法律行為とそれに付随する事実行為が含まれる。 |
| 9 | 鶴浦(2009:139) | ①本人の身上に関連する契約(介護、住居、施設入所、医療、教育・リハビリに関する契約、解除、費用の支払い)、②見守り(本人の心身の状態や生活状況の見守り)、③法律行為としての異議申し立て(不服申し立て等の法律行為)、④アドボカシー活動(本人の要望等の代弁、本人と一緒に権利主張)。 |
| 10 | 柿本(2009:91) | 「住居の確保・施設への入所契約」「介護サービスの利用契約」「治療・入院等の医療に関する契約」等。 |
| 11 | 成年後見センター・リーガルサポート(2009:43-52) | ア 治療・入院・退院・転院等についての病院との契約締結、諸手続、費用の支払、イ 健康診断等の受診契約手続、諸手続、費用の支払、ウ 住居の確保に関する契約の締結、費用の支払-居住用不動産の購入・売却、エ 老人ホーム等の施設の入退所に関する契約の締結、諸手続、費用の支払、オ 処遇の監視、異議申立て、カ 要介護認定手続及び更新手続、キ 介護を依頼する行為、介護・生活維持に必要な契約の締結、福祉サービス利用に関する手続、費用支払、ク 契約内容の監視、履行の確認、苦情申立て、ケ リハビリに関する契約の締結、費用の支払、コ アドボカシー活動(本人の利益を代弁すること)・一般的見守り活動。 |
| 12 | 金子(2010:11) | 身上監護を目的とするもの(医療契約、施設入所契約、介護契約、教育・リハビリに関する契約等) |
| 13 | 上山(2010:114-115) | (1) 身上監護の色彩が強い職務 ①医療に関する事項(契約の締結と解除、相手方の履行の監視、費用の支払い、医療保護入院時の同意)、②住居の確保に関する事項(契約の締結と解除、相手方の履行の監視、費用の支払い、居宅の鍵の管理)、③施設の入退所、処遇の監視・異議申立て等に関する事項(契約の締結と解除、相手方の履行の監視、費用の支払い、留守宅の管理)、④介護・生活維持に関する事項(契約の締結の解除、相手方の履行の監視、費用の支払い、財産管理権にもとづく管理行為、ペットの処遇に対する手配)、⑤教育・リハビリに関する事項(契約の締結と解除、相手方の履行の監視、費用の支払い)、⑥就労に関する事項(契約の締結と解除、相手方の履行の監視、費用の支払い)、⑦余暇活動に関する事項(契約の締結と解除、相手方の履行の監視、費用の支払い)、(2) より一般的な(財産管理との共通点が強い)職務 ⑧異議申立て等の公法上の行為、⑨アドボカシー、⑩一般的見守り活動、⑪本人の意向の確認行為、⑫具体的な職務遂行前の情報収集、⑬利用者の家族を含む関係当事者間の連絡調整作業、⑭訴訟行為。 |

表1 身上監護の職務範囲（その2）

| | 著者 | 身上監護の職務範囲に関する記述 |
|----|--------------------|--|
| 14 | 山口(2011:67) | (ア)介護・生活維持に関する事項、(イ)住居の確保に関する事項、(ウ)施設の入退所、処遇の監視・異議申立て等に関する事項、(エ)医療に関する事項、(オ)教育・リハビリに関する事項、のすべてが含まれる。この他、実例報告の分析にもとづき、「就労・余暇活動・文化的活動等の社会参加に関する事項」も含まれるとの指摘がある。「生活、療養看護に関する事務」は、これらの事項に関する契約の締結、契約の相手方の履行の監視、費用の支払い(社会保障給付の利用を含む)、契約の解除、異議申立て等の公法上の行為を含む。 |
| 15 | 小賀野(2012a:184-185) | ア:社会福祉系事務:身上監護の内容として介護役務に関する契約の締結をはじめとする社会福祉系事務。身上監護は、介護とは異なり(介護は日常的に用いられ曖昧な概念の一つであるが、さしあたり介護保険法にいう介護を考える。)、また、扶養(民877)とも異なる。また、未成年後見(民838一)とも異なるものである。イ:医療系事務:医療行為は、医療行為(診療契約)を締結することによって開始される。身上監護の内容として、医療契約(診療契約)の締結をはじめとする医療系事務が含まれる。医療行為は医師の免許を必要とするから、身上監護の対象にならない。身上監護の支援が行われることによって、本人は適切な医療行為を受けることができる。ウ:生活系事務:上記ア及びイ以外の生活系事務の全てがここに含まれる。衣・職・住に契約の締結など、多種多様な事務が扱われる。 |
| 16 | 井上(2014:24) | ①介護・生活維持に関する事項、②住居の確保に関する事項、③施設の入退所、処遇の監視・異議申立て等に関する事項、④医療に関する事項、⑤教育・リハビリに関する事項等のすべてがその内容として含まれるという解釈を前提としており、これらの項目に関する契約の締結、相手方の履行の監視、それらの法律行為に関連する異議申立て等の公法上の行為やいわゆるアドボカシーも合理的な範囲内である限り含まれる。 |
| 17 | 渡部(2015:218) | ①介護・生活維持に関する事項、②居住の確保に関する事項、③施設の入退所、処遇の監視・異議申立てに関する事項、④医療に関する事項、⑤教育・リハビリに関する事項等のすべてがその内容に含まれる。住居の確保に関する事項については、民法859条の3に個別規定がある。そして、成年後見人は前記①～⑤等の各項目に関する契約の締結(医療契約、住居に関する契約、施設入所契約、介護契約、教育・リハビリに関する契約等)、相手方の履行の監視(施設内の処遇の監視等)、費用の支払い(介護・生活維持のための社会保障給付の利用を含む)、契約の解除(住居の賃貸借契約の介助、施設の対処等)等を行う際に「本人の心情に配慮すべき義務」を負い、また、法律行為である限り異議申し立てなどの公法上の行為を行う際にも当該義務を負う。また、「本人の心情に配慮する義務」の内容は、個々の法律行為の態様及び本人の身上をめぐる状況に応じて多種多様なものが含まれるものと解され、例えば、いわゆるアドボカシー(advocacy=本人の身上面に関する利益の主張を補助し、または本人の身上面に関する利権を代弁すること)等についても、当該規定の解釈として一定の合理的な範囲内(契約等の法律行為に関する権限の行使に伴う注意義務の範囲内)において「本人の身上に配慮する義務」の内容に含まれるものと考えられる。 |
| 18 | 池田(2017:53-54) | ①健康診断等の受診、治療・入院等に関する契約(医療契約)、費用の支払い等、②本人の住居の確保に関する契約の締結、居住環境の整備修繕等の契約、費用の支払い等、③福祉施設等の入退所に関する契約の締結、費用の支払い等、処遇の監視・異議申立て等、④介護依頼行為及び介護・生活維持に関連する契約の締結、費用の支払い等、⑤社会保障給付の利用、⑥教育・リハビリに関する契約の締結・費用の支払い等(法律行為として行われる異議申し立て等の公法上の行為)・(代弁【アドボカシー】)。 |
| 19 | 小林ほか(2017:151-152) | ①介護・生活維持に関する事項、②住居の確保に関する事項、③施設の入退所、処遇の監視・異議申立て等に関する事項、④医療に関する事項、⑤教育・リハビリに関する事項等の全てがその内容として含まれるという解釈を前提として設けられている。すなわち、成年後見人は、前記①～⑤等の各項目に関する契約の締結(たとえば、介護契約、住居に関する契約、施設入所契約、医療契約、教育・リハビリに関する契約等)、相手方の履行の監視(たとえば、施設内の処遇の監視等)、費用の支払い(たとえば、介護サービスの費用の支払い等。介護・生活維持のための社会保障給付の利用を含む。)、契約の解除(たとえば、住居の賃貸借契約の解除、施設の退所等)等を行う際に、本人の「心身の状態及び生活の状況」に配慮すべき義務を負い、また、それらの法律行為に関連する限り異議申立て等の公法上の行為を行う際にも当該義務を負うものと解される。なお、成年後見人の身上配慮義務の内容は、個々の法律行為の態様および本人の身上をめぐる状況に応じて多種多様なものが含まれるものと解されるのであり、たとえば、いわゆるアドボカシー(advocacy=本人の身上面に関する利益の主張を補助し、または本人の身上面に関する利権を代弁すること)等についても、同条の規定の解釈として合理的な範囲内(契約等の法律行為に関する権限の行使に伴う注意義務の範囲内)である限り、身上配慮義務の内容に含まれる |

(3) 身上監護における「契約に付随する事実行為」

契約にかかわる法律行為の他に、アドボカシー活動や一般的見守り活動などが含まれる場合もあるが、これらは、上記の①～⑤の法律行為に付随する事実行為として位置づけられている。成年後見人等の身上監護に関する職務範囲を現行法の解釈の問題として考えた場合、身上監護の内容は民法858条の適用範囲によって決定される(上山2010)。そのため、立法担当官が認めている身上監護の職務範囲を基本として、身上監護の職務範囲が検討されたことからその契約に関する法律行為の内容に大きな違いが見られないと考えられる。しかし、身上監護の職務範囲として、基本的に成年被後見人の医療、住居確保、施設入退所、教育・リハビリに関する契約締結、費用支払い、履行監視、契約解除などの法律行為は共有されたが、これら法律行為に付随する事実行為については違いがみられる(表2)。

これは、法務省民事局参事官室 (1998) による「成年後見制度の改正に関する要綱試案の解説: 要綱試案・概要・補足説明 (以下、補足説明)」が法律行為に付随する事実行為を含めていたためであろう。補足説明では、「アドヴォカシー (advocacy= 本人の身上面に関する利益の主張を補助し、または本人の身上面に関する利益を代弁すること) 等についても、本条の規定の解釈として合理的な範囲内 (契約等の法律行為に関する権限の行使に伴う注意義務の範囲内) である限り含まれる」という適用範囲を立法担当官がそのまま踏襲したためと考えられる。アドヴォカシー以外では、上山が2000年に「一般的見守り活動」を含めた適用範囲を示し、その後、2010年に見守り活動に加え、「本人の意向の確認行為」、「具体的な職務遂行前の情報収集」、「利用者の家族を含む関係当事者間の連絡調整作業」を追加している。また、「見守り」に関する記述があったのは、上山 (2000b, 2010)、鶴浦 (2009)、成年後見センター・リーガルサポート (2009) の4つであった。「見守り」は法律行為には含まれず事実行為として整理をされるが、「見守り」は被後見人の「履行 (処遇) の監視」を含むモニタリング活動であるため、必要な法律行為の一部として位置づけられる必要がある。

表2 身上監護における契約に付随する事実行為

| 契約に付随する事実行為を含まない | 契約に付随する事実行為を含む |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> ・法務省民事局成年後見問題研究会 (1997) ・道垣内 (1998) ・岩田 (2005) ・柿本 (2009) ・金子 (2010) | <ul style="list-style-type: none"> ・法務省民事局参事官室 (1998) ・上山 (2000) ・能手 (2003) ・赤沼 (2006) ・山口 (2008) ・鶴浦 (2009) ・成年後見センター・リーガルサポート (2009) ・上山 (2010) ・山口 (2011) ・小賀野 (2012) ・井上 (2014) ・渡部 (2015) ・池田 (2017) ・小林ほか (2017) |

6. 考察

成年後見制度の創設以降、身上監護の職務範囲は研究会が設定した枠組みと職務の限界点 (成年後見人の職務範囲外とされた事務) を立法担当官が採用したことで、現在においても創設時の法律行為を限定した監理が一貫して守られている。これは、成年後見制度が財産管理に限定された機能を有するにすぎず、「成年後見法の構造は財産管理制度として機能すべきものであると自己規定し、そのような構造論は民法の体系から最も素直に導き出される」(新井 2019: 6) という伝統的見解が主流となっている。この見解を前提とする限り、現行制度は理念の上でこそ、本人の意思を中心とした生活支援の重視を謳っているものの、実体法的な権限は旧制度と変わらず、身上監護面の支援に関する新たな法的権限 (身上監護権限) は導入されていないと考えられる。上山 (2010: 68) が「古い革袋 (禁治産時代の法構造) に新しい酒 (身上監護の重視という新しい理念) を入れてしまった」と指摘しているように、民法858条における身上監護は「契約に関わる法律行為」以外の事務を行うかは、後見人等の判断 (民法858条の解釈) に委ねられる状況にある。

身上監護の職務範囲が、「契約に関わる法律行為」に限定されるという理解は、法律専門職だけでなく社会福祉専門職においても共通となっているが、「法律行為に付随する事務」の内容は明らかにされていない。成年被後見人の日常生活に関する契約には、その契約の前後に成年被後見人の意思を尊重した契約がなされるよう情報収集や関係調整などの事実行為が必要となる。しかし、これらの契約に必要

となる事実行為は、身上監護の職務範囲外として捉えられ、特に法律専門職は身上監護を限定的に捉えるためこれらの事実行為を積極的に行うことは少ない（新井 2012）。その結果、成年後見制度が成立してから現在まで、第3者後見が法律専門職を中心に任われてきたことで、身上監護の職務範囲を限定的に捉えた財産管理中心の制度運用に陥ってきたと考えられる。

このように、法定後見活動は、「財産管理」「身上監護」「法律行為に付随する事実行為」の3つの概念で構成されており、この4つの概念の関係性が年代とともに、社会的要請をうけて変更されてきたと考えられる。社会的な要請として影響があったのは、障害者権利条約の採択をうけそれまでの成年後見制度の課題が整理された2010年の横浜宣言、そして2017年の利用促進法の制定であろう。そこで、2010年以前と2010年以降で4つの概念の位置づけを整理する。

（1）財産管理に還元される法律行為としての身上監護と事実行為の位置づけ

まず、成年後見制度創設後から横浜宣言以前の段階では、「財産管理に還元される」範囲において身上監護と財産管理に付随する事実行為が位置づけられていたと考えられる（図2）。成年後見制度の創設時において研究会では、身上監護に固有の義務はないと解釈し、立法担当官もこの解釈を踏襲したことで、民法858条における身上監護は財産管理に還元される範囲内の活動との解釈が定着した。

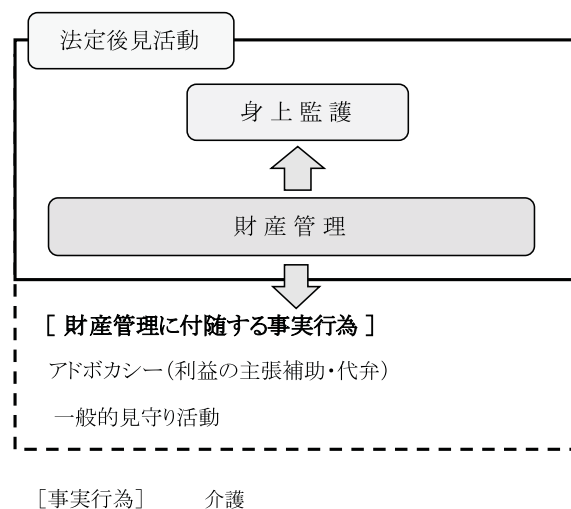


図2 財産管理に還元される法律行為としての身上監護と財産管理に付随する事実行為

当時の身上監護の位置づけについて渡部（1998：52）は、「身上監護については、例えば『リハビリテーションの手配』というようにリハビリテーションなどの事実行為ではなくサービスや必要事項を調整することであることがわかる。世話人を新たに任命する必要がないくらい福祉サービスが充実していることも注目に値する」と述べているように、医療・社会福祉・介護に関する契約に付随する行為は、事実行為として捉えられており、社会福祉関連サービスの利用によって補うべきであると解釈されている。つまり、社会福祉関連サービスが本人と契約の間を埋めることが想定されており、成年後見人の職務はあくまで法律行為に限定されている。

また、事実行為についての解釈については、身上監護の職務範囲の整理で確認したとおり、法務省民事局参事官室（1998）、能手（2003）、赤沼（2006）、鶴浦（2009）などは、法律行為に付随する事実行為に含まれる合理的範囲内について、「本人の身上面に関する利益の主張の補助」と「本人の身上面に関する利益を代弁するアドヴォカシー」としている。ここでの法律行為とは、財産管理を前提していることから、この時期の事実行為とは「財産管理に還元される法律行為に付随する事実行為」であったと

考えられる。

成年後見制度は禁治産・準禁治産者制度の法枠組みを多く残したことで、制度自体が財産管理に重点をおいた本人保護の制度の性質が強い。そのため、身上監護は財産管理に還元される範囲に限定され、法律行為に付随する事実行為の必要性に対する認識は低い状況であった(上山 2010)。加えて、成年後見制度の理念の具現化をはかる身上監護は職務内容を個別具体的に示すことが困難であったため、「契約に関わる法律行為」、または「財産管理に還元される法律行為」として限定されてきた(小林・原 2002)。さらに、家庭裁判所は、身上監護の職務範囲があいまいなことを理由に身上監護に適正な評価をおこなわず、通帳管理という財産管理に偏重してきたことで、実務家も財産管理に重点を置くようになったと考えられる。

実際に、制度運用の面でもその特徴は明らかで、申立て理由の約6割を財産管理が占め、能力制限の大きい後見類型が約8割を占めている。その結果、財産管理で専門性が発揮される法律専門職が代理代行決定をおこなう法定後見活動が広がったと考えられる(飯村 2015)。

(2) 財産管理と身上監護の法律行為に付随する事実行為

横浜宣言では、2010年に障害者権利条約の採択によって、行為能力の包括的制限が条約違反にあたるとの議論をふまえ、世界の潮流に対応した成年後見制度にむけた課題整理と今後の提言がまとめられた。同時に、障害者権利条約を反映させたイギリス意思決定能力法(MCA: Mental Capacity Act 2005)の成立を契機に、わが国においても意思決定支援への関心が高まったことから、身上監護活動における意思尊重に関する議論がおこなわれた(菅 2010; 浜島 2016)。

しかし、財産管理に還元される身上監護との位置づけは変わらず、被後見人の意思を法定後見活動に反映させるためには、「法律行為に付随する事実行為」を拡大せざるを得なかった。上山(2010)は、身上監護の職務範囲を立法担当者が示したアドボカシーや見守りに加え、「本人の意向の確認行為」「具体的な職務遂行前の情報収集」「利用者の家族を含む関係当事者間の連絡調整作業」を身上監護の職務内容として提示している。これらの実務が「法律行為に付随する事実行為」として新たに認識されるようになったが、あくまで財産管理や身上監護における法律行為を成立させる手段としての位置づけであり、これらの事実行為を行うかは成年後見人等の判断に任せられる(図3)。

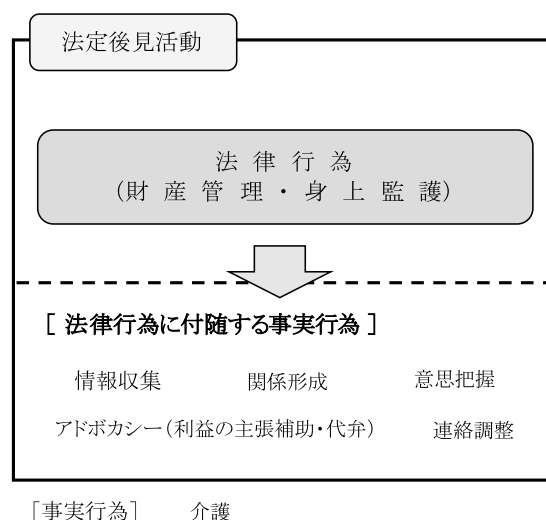


図3 法律行為(財産管理・身上監護)に付随する事実行為の拡大

(3) 生活支援（世話）を基盤とした財産管理と身上監護

成年後見制度利用促進法では、財産管理に重点をおいた制度運用からの脱却をうながす改革として新たに身上保護という概念を提示したが、従来の身上監護との違いや関係性、具体的な職務内容を明示していない（新井2019；上山2019）。そのため、法定後見活動の職務内容は従来の民法858条の解釈のまま財産管理と身上監護は法律行為に関わる活動に限定されている。

このような状況において、法定後見活動において本人の意思表示と実現が基盤に位置づけられるためには、被後見人の生活を「財産管理」「身上監護」「法律行為に付随する事実行為」に断片化せず、これらの実務を継続的かつ包括的な視点から整理することが重要である。本人意思の表明や実現に関わる実務は、事実行為ではなく「財産管理」と「身上監護」における「法律行為を支える実務」として位置づける必要がある（図4）。

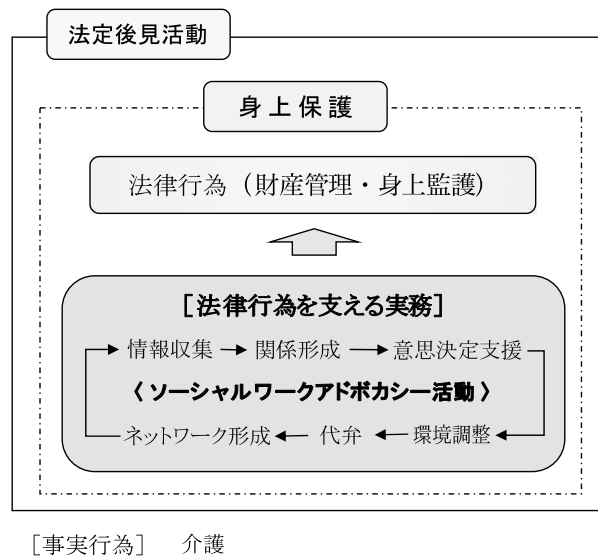


図4 法律行為（財産管理・身上監護）を支える実務（ソーシャルワークアドボカシー活動）

「法律行為を支える実務」は、「情報収集」「関係形成」「意思決定支援」「環境整備」「代弁」「ネットワーク形成」で構成される。具体的には、「情報収集」では、本人の健康状況や経済状態を含む生活環境や本人を取り巻く関係者に関する情報を包括的に把握する。そして、本人との継続的なコミュニケーションによる「関係形成」から、本人意思の把握を中心に、支援関係者の意向も把握する。加えて、本人の意思に影響を与えている生活歴および本人が置かれる環境についても把握する。「意思決定支援」では、意思決定支援ガイドラインを活用し本人の意思形成を図るとともに、本人意思の表出と支援関係者間での共有を図る。表出された意思の実現には、本人の行動だけでなく本人を取り巻く「環境調整」によって、本人意思が尊重された生活に向けて環境への働きかけを行う。本人が意思表出を阻害される環境が確認された場合には、改善に向けて環境への介入も行う。意思形成支援や環境改善によっても、本人意思の把握や表出が困難な場合は、成年後見人が本人に代わり本人の意思を支援関係者などに「代弁」する。本人自らまたは「代弁」によって表出された意思は、本人を取り巻く環境と共有する過程をとおして本人を支えるネットワーク形成を行う。

これらの項目は、ソーシャルワークの観点から相互に関連する関係にあり、一連のプロセスとして循環的に展開されることで、日常的に本人の意思形成と表出を支えることができる。また、ソーシャルワークの観点では本人自らが課題解決の中心に位置づけられるエンパワメントが重視されるが、判断能力が不十分な人へのエンパワメントは限界が指摘されている（高山 2008）。判断能力が不十分な人が制

度の対象となる法定後見活動において、本人の権利を擁護するためには代理代行決定も不可欠である。代理人として代弁機能を備えるアドボカシー概念は法定後見活動において中核となるが、意思決定支援を前提としない代弁や代理代行決定は避けなければならない。本人を取り巻く環境と、本人中心を重視するソーシャルワークの観点を基本として、アドボカシーの代理機能を発揮することで、本人意思が尊重された「身上保護」が可能となると考える。

7. まとめ

本人の意思が反映された生活を、財産管理と身上監護という法律行為を用いて支えるためには、その法律行為が本人の意思にもとづくことが重要であるが、これまでの法定後見活動では、本人意思の把握、形成、表出、実現にかかわる実務が「法律行為に付随する事実行為」として、正規の活動とされてこなかった。結果、法定後見活動が、規定が明確で報酬に反映されやすい財産管理を中心とした法律行為に偏重し、本人意思の尊重を前提としなくてもよい構造が形成されていたと考えられる。加えて、本人意思に関わる実務は、善管注意義務の程度で十分とされ、成年後見人の判断や能力に委ねられたことも要因といえる。

このような状況に対して、本人意思を中心とした生活面の支援を重視する「身上保護」概念が新たに提示されたが、具体的な内容は明らかにされておらず、研究会における議論と同様に理念と実務の乖離を生み出している。このような状況の改善には、これまで事実行為として除外してきた意思尊重に関わる実務を「法律行為を支える実務」として法律行為の基盤に位置づけることが重要である。そして、「法律行為を支える実務」の判断や解釈が後見人によって差がみられないよう、ソーシャルワークの観点を基本としたアドボカシー活動（ソーシャルワークアドボカシー活動）として循環的に展開することが重要である。「法律行為を支える実務」がソーシャルワークアドボカシー活動として法定後見活動の基盤に位置づけられることで、「財産管理」と「身上監護」を統合した「身上保護」が実現されると考える。

8. おわりに

本論では、民法858条の立法過程における議論と身上監護に関する学説を踏まえ、系統的文献レビューから身上監護の定義（職務範囲）を比較検討した結果、法定後見活動を「財産管理」「身上監護」「法律行為を支える実務」の3点から包括的に捉える必要性が確認された。そして、法定後見活動におけるソーシャルワークアドボカシー活動は、「財産管理」と「身上監護」の基盤として位置づけられる本人意思の表明と実現に関する実務（法律行為を支える事務）であることを浮き彫りにした。

しかし、本論では、「法律行為を支える実務」が法定後見活動において具体的にどのような活動であるかについては明らかにできていない。今後は、社会福祉士による法定後見活動におけるアドボカシープロセスの可視化を行う予定である。

本研究は JSPS 科研費「包括的な相談支援体制での独立型社会福祉士によるコーディネートの有効性」(17K04236) の研究成果の一部である。

注

- 1) 本稿におけるソーシャルワークアドボカシーとは、Schneider et al (2001)、Baker (2003)、Wilks

(2012)、Hepworth (2015) による定義を参考に、「直接的介入やエンパワーメントを通じて、個人・集団・コミュニティの権利を擁護すること。クライアントと共同し、同時に/あるいは、クライアントの代理人として働く弁護プロセス」とする。

文献

- 赤沼康弘 (2006) 「成年後見人等の職務と権限」新井誠・赤沼康弘・大貫正男編『成年後見制度：法の理論と実務』有斐閣.
- 新井誠 (1999) 『高齢社会の成年後見法』有斐閣.
- 新井誠 (2012) 「障害者権利条約と成年後見法－『前門の虎、後門の狼』－」『実践成年後見』41, 13-30.
- 新井誠 (2019) 「成年後見における身上保護の意義・覚書：国際的潮流も踏まえつつ」『実践成年後見』79,5-14
- Barker, R. (2003) The Social Work Dictionary 5th Edition, NASW Press.
- 浜島恭子 (2016) 「イギリス意思決定能力法 (MCA : Mental Capacity Act 2005) 学ぶこと」『成年後見法研究』13, 15-22.
- Hepworth, D., et al (2009) Direct Social Work Practice : Theory and skills, 8th Edition., Brooks Col. (=2015 武田信子監修『ダイレクト・ソーシャルワークハンドブック：対人援助の理論と技術』明石書店)
- 法務省民事局成年後見問題研究会 (1997) 「成年後見問題研究会報告書について」125-128.
- 法務省民事局参事官室 (1998) 「成年後見制度の改正に関する要綱試案の概要」『ジュリスト』1141, 4-15.
- 星野英一 (2000) 「インタビュー 成年後見制度と立法過程－星野英一先生に聞く」『ジュリスト』1172, 2-16.
- 飯村史恵 (2015) 「ソーシャルワークの観点からみる成年後見制度の展望：障害者権利条約第12条で問われているもの」『立教大学コミュニティ福祉研究所紀要』(3), 79-97.
- 池原毅和 (2016) 「日本の成年後見制度の問題点：当事者中心の権利擁護のあり方」『福祉労働』152,21-30.
- 池田恵利子 (2007) 「高齢者の自立支援としての後見実践」『老年精神医学雑誌』18(4), 396-401.
- 池田恵利子 (2017) 「社会福祉士からみた課題：利用促進法における成年後見の『社会化』を見据えて」『法律のひろば』70(2), 50-56.
- 池田恵利子 (2019) 「実務における身上保護(身上監護)の考え方」『実践成年後見』79,26-32.
- 井上計雄 (2014) 「身上監護における義務と責任」『実践成年後見』51, 23-30.
- 意思決定支援ワーキング・グループ (2020) 『意思決定支援を踏まえた後見事務のガイドライン』.
- 板野友樹 (2019) 『成年後見制度の利用促進について (日本成年後見法学会第16回学術大会レジメ)』一般社団法人日本成年後見法学会.
- 岩田香織 (2005) 「成年後見制度における支援内容の検討：知的障害者支援に基づく一 察」『東海大学健康科学部紀要』11, 11-20.
- 岩間伸之 (2014) 「権利擁護の理念と実践」日本社会福祉学会事典編集委員会『社会福祉学事典』丸善出版, 500-503.
- 亀井真紀 (2020) 「意思決定支援を踏まえた後見事務のガイドライン (仮題) の基本的な考え方および概要」『実践成年後見』88, 101-109
- 上山泰 (2000) 「成年後見事務の対象となる『身上監護事項』」日本社会福祉士会編『成年後見と身上配

- 慮』筒井書房, 79-130.
- 上山泰 (2010)『専門職後見人と身上監護』民事法研究会.
- 上山泰・管富美枝 (2010)「成年後見制度のグランド・デザインーイギリス・ドイツとの比較を踏まえてー」『実践成年後見』34, 57-76.
- 上山泰 (2012)「3類型制度の課題」赤沼康弘編『成年後見制度をめぐる諸問題』新日本法規出版, 17-27.
- 上山泰 (2019)「現行法における身上保護の内容と考え方」『実践成年後見』79,15-25
- 柿本誠 (2009)『ソーシャルワーカーのための権利擁護と成年後見制度』みらい, 22
- 金子修 (2010)「成年後見事務の範囲と身上配慮義務」『法律のひろば』63(8), 9-17.
- 木口恵美子 (2017)「意思決定支援をめぐる国内の論議の動向」『福祉社会開発研究』9, 5-12.
- 木原活信 (2009)「ソーシャルワークにおける先行研究検討の意義と文献検索の方法」『ソーシャルワーク研究』35(2), 42-49.
- 小林昭彦・原司 (2002)『平成11年民法一部改正法等の解説』法曹会.
- 小林昭彦・大門匡・岩井伸晃編 (2017)『新成年後見制度の解説』金融財政事情研究会.
- 道垣内弘人 (1998)「『身上監護』, 『本人の意思の尊重』について」『ジュリスト』1141,29-38.
- 日本成年後見法学会 (2005)『市町村における権利擁護機能のあり方に関する研究会：平成18年度報告書』.
- 能手歌織 (2003)「成年後見制度における『身上監護』の検討」『立命館法政論集』1, 287-321.
- 大木秀一 (2013)『看護研究・看護実践の質を高める文献レビューのきほん』医歯薬出版株式会社.
- 大矢和則 (2010)「社会福祉士の役割と今後の課題」『法律のひろば』63(8), 42-47.
- 小賀野晶一 (2000)『成年身上監護制度論：日本法制における権利保障と成年後見法の展望』信山社出版.
- 小賀野晶一 (2011)「成年後見と社会福祉法制」新井誠・赤沼康弘・大貫正男編『成年後見法制の展望』日本評論社, 246-273.
- 小賀野晶一 (2012)『民法と成年後見法：人間の尊厳を求めて』成文堂.
- 小川幸裕 (2018)「成年後見活動における独立型社会福祉士のソーシャルワーク実践について」『北星学園大学大学院社会福祉学研究科北星学園大学大学院論集』9, 1-17.
- 成年後見センター・リーガルサポート (2009)『成年後見教室 実務実践編』日本加除出版
- Schneider, L. and Lester, L. (2001) Social Work Adovocacy : A New Flamework for Action, Books/Core.
- 菅富美枝 (2010)『イギリス成年後見制度にみる自律支援の法理ーベスト・インタレストを追求する社会へー』ミネルヴァ書房.
- 高山直樹 (2008)「エンパワメントとは何か」『実践成年後見』25, 70-77.
- 高山直樹 (2014)「アドボカシー」日本社会福祉学会事典編集委員会『社会福祉学辞典』, 200-201.
- 床谷文雄 (2000)「成年後見における身上配慮義務」『民商法雑誌』122(4), 533-553.
- 床谷文雄 (2001)「成年後見制度の仕組みと課題 (社会福祉法の成立と21世紀の社会福祉) (利用者の権利をいかに擁護する)」『別冊発達』25, 52-61.
- 内田貴 (2008)『総則・物権総論』東京大学出版会.
- 鶴浦直子 (2009)「ソーシャルワーク実践における成年後見制度の活用の可能性ーソーシャルワークの機能強化に向けた活用のあり方に焦点を当てて」『ソーシャルワーク研究』35(2), 137-143.
- 渡部朗子 (2015)『身上監護の成年後見法理』信山社.
- Wilks, T. (2012) Adovocacy and Social Work Practice, McGraw-Hill Education (UK) .
- 山口春子 (2008)「成年後見制度：「自己決定の尊重」と「保護」の理念の調和」『東京成徳大学研究紀要』15, 61-73.
- 山口春子 (2011)「成年後見人の職務」『東京成徳大学研究紀要』18, 59-72.