

東京三弁護士会合同研修 「成年後見実務の運用と諸問題」

2013年2月14日、弁護士会館クレオにて、東京家庭裁判所後見センターの小西洋裁判官、山口賢二主任調査官及び中村陽史主任書記官をお招きし、東京三弁護士会主催「成年後見実務の運用と諸問題」と題した研修会が実施された。

今回の研修会では、後見センターの裁判官から、家事事件手続法が同年1月1日から施行されたことによる実務の運用の変化等をわかりやすく説明していただいた。

講演内容は充実したものであり、今後の成年後見業務を行う上で役立つ重要な事項に関する知識を修得することができた。

今回の研修会に参加できなかった会員の方々にも情報を提供し今後の成年後見業務に役立てていただきたく、LIBRAへ掲載する運びとなった。

高齢者・障害者の権利に関する特別委員会委員

中村 裕也 (61期)

成年後見実務の運用と諸問題

東京家庭裁判所判事 小西 洋

まず、家事事件手続法（以下「新法」という）のうち特に関心の高いものを説明し、その後、質問事項に回答する。説明、回答のうち、統計を除いた部分は、現時点の裁判官の協議の結果であるが、最終的な結論は、具体的な事案によって異なる。なお、講演後、「後見の実務」（別冊判例タイムズ36号）が出版されているので参考にしていただきたい。

1 新法関係

1 記録の閲覧謄写はどのように変わったか。

「新法施行に伴い、後見人の提出した報告書について、後見開始審判の申立人や利害関係人から記録の閲覧謄写請求を受けた場合、許可されるか。弁護士が担当する案件には困難案件も含まれており、申立人からであれば、閲覧謄写を許可されてはその後の事務遂行に困難が生じるので、配慮していただきたい」

法47条3項により、当事者からの申立てについては原則許可となる。当事者とは申立人、相手方及び参加人をいうが、成年後見関係事件には相手方はいない。後見開始の審判事件の記録については申立人及び参加人が当事者となりうる。後見人の提出した報告書は、後見開始の審判事件の記録ではなく、後

見監督処分事件の記録に整理される。後見開始の審判事件の申立人は後見監督処分事件の当事者ではなく、利害関係人に過ぎない。利害関係人からの申立てについては、法47条5項により相当と認める場合に許可となる。この扱いは家事審判法（以下「旧法」という）下の扱いと同様である。

「新法施行に伴い、鑑定書について、申立人や利害関係人から記録の閲覧謄写請求を受けた場合、許可されるか。申立人が審判後に不服申立てをするために鑑定書を閲覧謄写することは手続保障上やむをえないかもしれないが、そうでない場合にまで許可すべきではない。鑑定依頼に支障が生じるため配慮されたい」

鑑定書は、後見開始の審判事件の記録に含まれるから、当事者である申立人に対しては原則開示される。利害関係人については裁量によることとなるが、判断能力の問題は、即時抗告の理由となるため原則開示の扱いが考えられる。もっとも、後見開始の審判が確定した後は、そのような問題がないため、利害関係人については、法47条5項により相当と認める場合に許可となる。この扱いは旧法下の扱いと同様である。

なお、参加が予定される場合の後見開始の審判事件中の申立人の提出書面については、参加人からの

閲覧謄写が、解任審判事件中の解任を求められた後見人等の提出書面については、解任の申立人からの閲覧謄写が、それぞれ原則許可となるので提出については留意をしていただきたい。

2 取下げはどのように変わったか。

法121条により家庭裁判所の許可を得なければ取下げができなくなった（保佐，補助，未成年後見人選任，任意後見監督人選任についても同じ。法133条，142条，180条，221条）。取下げについては理由を明示する必要がある（家事事件手続規則78条）。従来から専門職関与を示唆すると取り下げるという事態があったが今後はこのような場合には取下げが許可されないと考えられる。本人の能力低下がある場合には原則許可されるということは考えられないが，例外的に，本人が明確に反対の意向を述べ，かつ，保護を要しないと見えるような場合には許可されることもありうる想定している。

3 管轄はどのように変わったか。

法117条2項により，これまで本人や後見人の住所地とされてきた成年後見に関する審判事件の一部が後見開始の審判をした家庭裁判所の管轄と変更された。なお，本人の転居等により住所地が他の家庭裁判所の管轄内に移ったような場合には，当該家庭裁判所に対して後見関係事件の申立てがあれば移送せずに自庁処理して審理することも考えうるので，予め相談されたい。

4 費用負担の裁判はどのように変わったか。

法29条1項により，事件を完結する裁判においては，常に費用負担の裁判を行うこととなった。また，費用額の確定については，費用負担の裁判では行われず，別途，書記官による費用額の確定処分を要することとなった（法31条による民事訴訟法71条の準用）。もっとも，確定処分を経なくとも，金額の問い合わせについては回答する予定であり，本人負担となった場合には，後見人において精算することを認めることとしている。

5 家事審判法が適用された事件の記録の閲覧謄写手続に，新法が適用されるか。

適用されない（非訟事件手続法及び家事事件手続法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律4条1号）。

2 質問事項

1 「申立代理人弁護士が後見人候補者欄に自身を記載することは問題ないか」

直ちに問題であるとは考えていない。もっとも，選任については一切の事情を考慮することになるところ（民法843条4項），申立人と本人との間での利益相反行為が懸念されるような場合には，申立人の代理人である弁護士を後見人に選任することは難しい。

2 「反対親族が本人を困らせてしまい診断書を取得できないような場合，診断書がなくても代替手段により対処してもらうことは可能か。例えば，定型の診断書がなくても介護保険の認定の際の主治医意見書でとりあえず受け付けてもらえるか」

可能である。診断書は適切な申立類型の選択と鑑定の要否の判断のために提出を依頼しているものである。今後とも御協力いただきたいが，事情によっては提出が難しい場合もあると思われる。可能であれば，診断書に代えて医師が関与作成した文書でも提出していただくことと事件進行が円滑となる。

3 「本人が比較的若く，高齢の親が親族後見人となる場合，別の若い親族や専門職後見人を当初から複数後見で選任してもらうことは可能か。また，後に追加選任してもらうことは可能か。仮に可能な場合，これらは例外的な扱いか」

いずれも可能である。選任については一切の事情を考慮することとなるが，複数選任や追加選任をするにつき厳しい要件があるとは考えていない。

4 「準拠法が外国法となる本人について後見開始の申立てをする場合，本国法の内容や訳文を提出する

必要があるか」

不要である。もっとも、提出があると審理は迅速となるので提出していただくのと有り難い。

5 「外国人の任意後見に関する法律関係の準拠法はどのように定まるか」

準拠法は、法の適用に関する通則法7条によるか同法35条によるか、2つの考え方がある。いずれの説が妥当であるかについては、現在のところ、事例がないため、回答はしかなる。

6 「後見開始等の申立ての時に、参与員ではなく、家裁調査官の面接となる場合とはどのような場合か」

参与員による面接と家裁調査官の面接とは法的性質が異なるので、事案により一概にいうことはできない。保佐開始、補助開始の申立てがなされた場合には、家裁調査官による面接をしている。

7 「申立人が4親等内の親族に当たることの確認として戸籍の提出を求めているが、どのように確認しているのか」

申立人や候補者の説明によっているところ、現在のところ、問題は生じていない。

8 「鑑定がなされるケースの割合はどのくらいか。再鑑定、再々鑑定がなされる割合はどのくらいか。どのような場合にこれらがなされるか」

東京家裁の割合は昨年で約7%である。再鑑定、再々鑑定の割合は把握していない。再鑑定や再々鑑定がなされるのは、当初の鑑定では不十分な場合で再鑑定が可能な場合といえることができるが個々の事案によるところが大きい。

9 「後見開始の申立てから審判までの平均期間はどのくらいか。直ちに審判がされるのはどのような場合か」

平均審理期間を直接は把握していない。もっとも、申立後1か月以内に終局したものが昨年で全体の約56%、4か月以内に終局したものが全体の約95%で

ある。直ちに審判されるのは、診断書その他の資料から鑑定や本人の陳述聴取を行う必要がないと明らかに認められ、親族の同意書もそろっており、後見人候補者の適格性も問題がないと判断される場合である。

10 「後見開始の審判前の保全処分として財産管理者が選任された場合、その財産管理者は、権限外行為の許可を得ることなく、預金の払戻しを受けることができるか」

可能である。民法28条が準用されていることから、不在者財産管理人の権限と同様に解される。預金の払戻しは処分行為に該当しないと考えている。要許可行為かどうかは処分行為かどうかで判断される。

11 「甲がA及びBと別々に任意後見契約を締結し、別々に登記しておいて甲ABの三者間で別に定めた特約によりA→Bの順に任意後見契約を発効させることにより、リレー方式の任意後見契約をすることは可能か」

可能である（平成11年民法一部改正法等の解説、小林昭彦・原司共著 新法解説叢書18 財団法人法曹会 397頁）。もっとも、両者が並立するのを回避するためには当初の契約を解除する必要がある。

12 「団体推薦をする場合と裁判所から個々の名簿登載者に依頼をする場合の振り分け基準は何か」

団体推薦をする場合は、困難事案ではなくかつ無報酬事案ではないものと理解している。個々の名簿登載者に対し依頼することについては特に制限はないものと理解している。

13 「居住用不動産を処分する際には、売買交渉を開始する前にも、家庭裁判所から内諾を得ておく必要があるか」

不要である。もっとも、疑義がある場合、迅速処理を求める場合には別途相談をしておくことが望ましい。

14 「任意後見契約において、担保設定行為が代理権として定められている場合に、任意後見人が代表者と

なっている法人のために本人の財産に担保設定することは、利益相反規定（任意後見契約に関する法律7条1項4号）に抵触するか」

抵触すると考えられる。任意後見人の代表する者とは、任意後見人が代表者となっている法人が該当すると解されること、後見人の債務のために本人の財産に担保を設定することは利益相反行為に当たると解されていることがその理由である。

15 「本人所有の貸地の上の賃借人の建物が競売になり、建物の買受人が親族後見人に対し、土地賃貸借の譲渡の承諾請求をしている場合において、親族後見人が和解をする場合には、後見監督人の同意が必要か。親族後見人から相談を受けた場合、どのように対応すべきか。素人の親族後見人に任せるのは不安であることから、他の弁護士に委任することを勧めるとしても費用負担の問題があり、また、自ら委任を受けることは監督人という立場と矛盾すると考えられる」

後見監督人の同意を要する（民法13条1項3号、5号）。自ら委任を受けることは問題があると思われるが、その他、弁護士に委任することや、自らが後見監督人を辞任し、後見人として就任して活動することも考えられる。

16 「弁護士後見人が行う裁判手続が多数予定されている場合、別の弁護士に委任することは問題がないか」

多数の内容にもよるが、問題はないと考えられる。

17 「本人が多数の貸しビルを所有し、後見開始前より長年管理を仲介業者と会計事務所に任せている場合、新たな賃貸借契約の締結や従前の賃貸借契約の更新、ビルの修繕の際に、後見監督人である弁護士には、どの程度の監督が期待されているのか」

事案によるが、説例のとおりであれば、ビル管理につき、逐一細かく確認する必要はないと思われる。

18 「後見開始の審判後に、本人が任意後見契約を締結し、任意後見監督人選任の申立てがなされた場合、

家庭裁判所はどのように対応するか」

任意後見契約に関する法律4条1項本文により任意後見監督人を選任し、同条2項により後見開始の審判を取り消す。もっとも、本人の利益のため特に必要がある場合（同条1項2号）には、申立てを却下する。本人の利益については、本人の行為能力を制限する必要性、任意後見契約の内容等を考慮することとなる。

19 「後見監督人として親族後見人に対する監督はどの程度必要か。例えば、金額の多寡にかかわらず全ての金銭支出について用途を具体的に報告させる必要があるか。本人と親族との情愛を考慮してあまり厳しく求めないということもあるか。本人と親族後見人が友人関係の場合では違いがあるか」

事案によるところが大きい。一般論として、日常の些末な支出までも逐一用途を追及すべきとはいえないが、監督人の職務に照らし、必要かつ相当な範囲で用途を確認、把握することとなる。この作業をどの程度行うかは、支出額や説明の合理性、従前の支出の推移等を考慮して行われる監督人の裁量判断となるのではないと思われる。親族間の情愛を考慮して、支出の相当性が判断されることもありうると考えられる。

20 「本人の流動資産が少ない場合、「めやす」の基本報酬額を下回る額の審判がなされることがあるか。また、下回る場合について具体的な基準があるか」

「めやす」を下回る額の審判をすることはある。個々のケースによる判断と思われる。なお、基準の存否については回答を差し控えたい。

21 「本人が死亡した際に、相続人では対応が困難な死後事務（葬式代の支払、過剰に支払われた年金の返還、訴訟対応等）がある場合、元後見人としてはどの範囲で対応すべきか」

本人死亡により後見が終了しているため、相続人から個別委任を受けて事務を行うことについては後見監督裁判所としては特に意見はない。相続人から

個別委任を受けられない場合については、事務管理か応急処分（民法654条）として行うこととなる。応急処分に該当するかは急迫事情の有無による。年金の返還や訴訟対応については、一般的にはいずれも急迫の事情がある場合は想定し難いように思われる。

22 「本人の死後、相続人間に争いがある場合等、遺産を引き継ぐことが難しい場合、後見人は無報酬で遺産の管理業務を続けなければならないが、この状況の改善方法はないか」

民法918条2項の請求をして相続財産管理人の選任、就任を検討されたい。なお、元後見人等がする請求の窓口は、後見センターとなっている。

23 「本人死亡後に全ての相続人が相続放棄予定であるが、放棄申述の有無を回答しない場合、他の相続人への連絡、放棄の有無の家裁への照会費用は本人の資産から支出してよいか。また、相続人全員が相続放棄をした場合、元後見人が行う相続財産管理人選任申立てに要する費用はどこから捻出するのか。いずれの場合も、本人の資産から支出することが許されるとした場合、例えば、後見人肩書付の銀行口座のうち一つだけ死亡に伴う凍結をしないで、当該口座より適宜支出するというのでよいか」

予めの支出を認める理由は、応急処分に該当する場合のほかは、見当たらない。もっとも、民法918条2項の請求をして、自らが相続財産管理人として選任されればその手続において財産からの支出が可能となる場合がある。関係者に異議がないときには、理論上の問題をおくとすれば、事実上、適宜、必要かつ相当な行為を行うことが許されると思われる。

24 「事件数全体に占める弁護士後見人等及び弁護士後見監督人等の割合はどのくらいか。弁護士案件のうち、団体推薦の件数と割合はどのくらいか」

正確な集計をしていないので概数として紹介する。後見センターの2012年終局事件のうち、後見等開始事件数に対する弁護士後見人等選任件数の割合は約

19%、後見等開始事件数及び任意後見監督人選任事件数に対する弁護士監督人の選任件数の割合は約11%である。団体推薦の件数は360件で、弁護士後見人等選任件数及び弁護士監督人の選任件数に対する団体推薦の件数の割合は約36%となっている。

25 「報酬付与審判は債務名義となるか。後見監督人の報酬について後見人から任意の支払がない場合、どのような対応が可能か。後見監督人報酬の消滅時効期間は10年と考えてよいか」

債務名義にはならない。対応としては、家庭裁判所に対して家事事件手続規則81条1項に基づく指示を促す、後見監督人の辞任及び後見人の選任を申し立てて自ら後見人に就任して報酬を受領する等が考えられる。時効期間については5年説（民法875条）と10年説（民法167条1項）があるようである（「論点体系判例民法9」514頁）が、いずれの説が妥当かについては結論に至っていないし、明らかにした裁判例を把握していない。

26 「特別の事情がなくとも、後見開始の審判書に後見人住所（住民票記載の住所）を記載せず事務所住所のみを記載するという事は可能か」

可能な場合がある。家庭裁判所から推薦や依頼をする事案については、上申書により、事情の説明がなくとも、事務所住所のみの記載を認める扱いである。また、区長申立て事案で、名簿登録弁護士であれば、同様の扱いを認めている。

27 「弁護士の登録姓と戸籍姓が異なる場合、審判書には登録姓だけを記載することは可能か」

できない。後見登記上の問題がある。

28 「後見人への郵便転送については法律上の根拠がないが、在宅で虐待通報を受けたことのある家族と同居している場合など、転送が是非とも必要な事例もあるので、法改正について家庭裁判所として積極的に動いて欲しい」

意見を申し上げることは差し控えない。