

# 日本成年监护制度

## ——少子、老龄社会的法律制度

[日] 田山輝明\*  
顾祝轩\*\* 译

---

### 目次

#### 序

#### 一、少子、老龄化社会的课题

- (一) 战前、战后日本社会的人口结构
- (二) 人口结构的变化——平均寿命与家庭形态的变化
- (三) 东方思想与现代亲子关系
- (四) 成年监护制度的历史探讨
- (五) 成年监护的社会化与自主责任
- (六) 社会福祉之应有形态的变化：从措施到契约
- (七) 社会福祉与广义的成年监护

#### 二、向法院申请监护开始审判

- (一) 职权主义与申请主义：德国方式和日本方式

#### 三、成年监护人的应有形态：个人、法人、数人

- (一) 法人监护
- (二) 数人监护

#### 四、监护人的公共属性

- (一) 所谓公共成年监护
- (二) 监护中国家与行政主体的作用
- (三) 经由区市町村行政长官申请的成年监护开始审判
- (四) 最近关于监护人责任的最高法院判决的意义

#### 五、监护监督机构：预防不正

- (一) 监护监督人与基于法院的监督
- (二) 监护监督的社会化

---

\* 早稻田大学大学院教授、早稻田大学比较成年监护法制研究所所长。

\*\* 上海交通大学凯原法学院副教授、法学博士。

## 六、事实上的成年监护

## 七、成年监护法与社会福祉关系法：二者的任务分担和紧密关系

- (一) 法理念的不同点与类似点
- (二) 法律适用上的共同点
- (三) 两种法律领域的协作运用

**摘要** 在以核心家庭为主而形成的少子、老龄社会中,将老年人护理问题作为家庭内的问题来考虑,几乎是不可能的。传统的监护正从家庭结构中解放出来。监护人与被监护人的关系从亲属关系转向他人关系,关于财产管理,有可能承担善管注意义务,并收取适当的报酬。社会需要建构包括任意监护和法定监护在内的、作为支援制度的广义上的成年监护制度。

**关键词** 成人监护 财产管理 人身监护 社会福祉

## 序

所谓老年人,指 65 周岁以上的人。一般而言,65 周岁以上不满 75 周岁的人被称为前期老年人,75 周岁以上者被称为后期老年人。日本的老年人口已超过 3 186 万人。每四个人当中就有一位老年人。

## 一、少子、老龄化社会的课题

## (一) 战前、战后日本社会的人口结构

在探讨老龄社会护理和监护问题时,为具体说明,首先,列举如下家庭或亲属关系的典型例子。就两对夫妇(AB、CD 夫妇各有一位子女)而言,在三代范围内,老年人为 4 人(AB、CD 夫妻),他们各有一位子女(EF 为夫妇),EF 夫妇有一位子女(G)。假定 G 属于 20 岁这一代人,E、F 夫妻步入 50 岁这一代后半期,AB 和 CD 夫妇平均为 80 岁这一代人(参照图 1)。假设平均寿命为 80 周岁,在 AB、CD 中,2 人生存的可能性较高。让 50 岁这一代夫妇(EF)各自去护理年迈的父母,实际上是不可能的。为了保障即将步入花甲的 EF 夫妇能度过有意义的晚年,老年人的支援体制不可或缺。基于以上前提,我们来思考护理、权利保护、成人监护等问题。特别要思考一下监护应由亲属来处理,还是属于社会接手解决的问题。

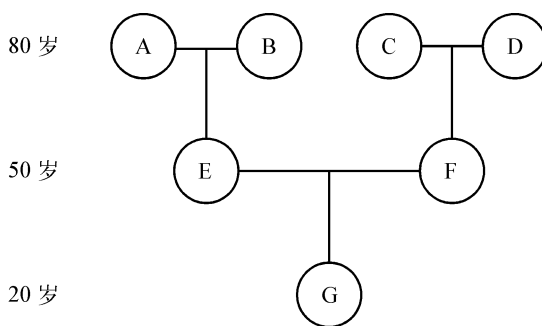
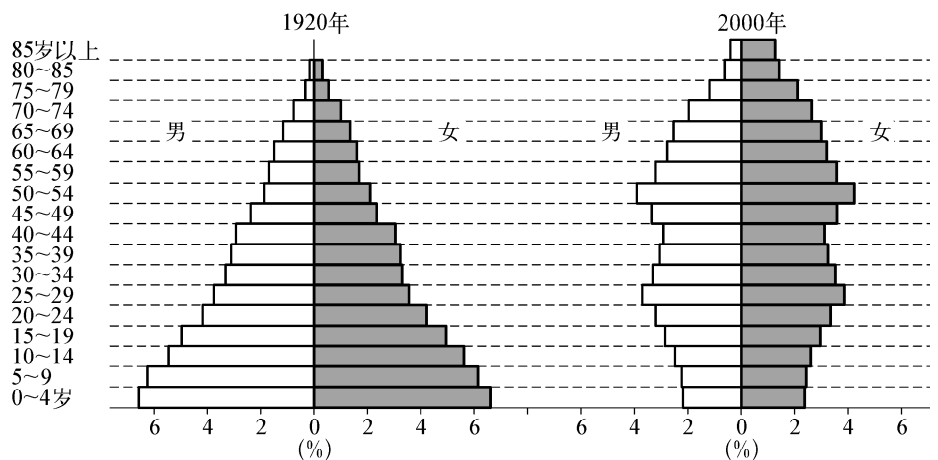


图 1

## (二) 人口结构的变化——平均寿命与家庭形态的变化

来看一下以下以年龄为纵轴、男女人数为横轴的图表,日本的人口结构在 1920 年前后呈富士山形状或金字塔形。现在,虽然不能说呈倒三角,但在年轻人阶层看不到犹如原野般地拓宽(参照图 2)。每位女性一生平均生育子女的人数(合计特殊出生率)为 1.3 人左右。在假设为 1 人的情形下,来思考前面的事例。AB、CD 两对夫妇全部生存,其中需要护理的各组为 1 人,在各自的配

偶还能进行护理的情况下,不会有多大问题。但是,当各自配偶实施护理出现困难时,如果让其他的家庭成员来负责,这可能吗? G大概还是一名学生吧? 即便不是,为确保自己的生活而竭尽全力,承担正式的护理工作大概十分困难(至少难于对两对祖父母实施护理)。EF夫妇仍然处在退休之前,根据不同情形,在社会(或公司)上正处在需要承担更多责任的年龄段。如果是这样的话,EF夫妇为护理而花费的时间大概也不会太多。



根据总务省统计局“国情调查报告”

图2 日本人口金字塔变化

在这里,应大致看一下家庭形态。第二次世界大战后,经日本民法修改在废除“家”制度之前,三代或四代同堂的家庭形态并不少见。以此作为前提条件,如果子女人数为3至4人,至少将“照看”老年人的责任委托给家庭,大概没有什么问题。但是,如果以“二战”后核心家庭化作为前提,由于AB、CD两对夫妇与子孙分开居住(并且考虑到日本的住房情况,即使希望居住在离子女较近的地方,通常也是困难的),在通常情况下,无论是照看还是护理均有困难。尽管如此,年迈80周岁的老年人需要得到踏实的护理。对AB、CD两对夫妇的护理应当由谁来承担呢? AB夫妇用存款负担必要的护理费用,但也有可能存在如下情形,即CD夫妇并不一定拥有充足的存款。虽然AB夫妇用自己的资金可以获得家庭以外的护理服务,但CD夫妇需要获得无经济负担的护理服务。无论是哪一对夫妇,因认知症等原因,还有可能出现难于安排护理服务的情形。例如,碰巧EF夫妇因为居住在AB夫妇的附近,有可能对其进行护理。但是,居住在远处的CD夫妇同样需要得到护理。即便EF夫妇愿意在力所能及的范围内承担对双亲的护理,但事实上这是不可能的。最近,在以核心家庭化形成的少子、老龄社会中,将老年人护理问题作为家庭内的问题来考虑,几乎是不可能的。因为这种观念无法从根本上找到解决问题的线索。

### (三) 东方思想与现代亲子关系

以老年人问题作为背景,可以列举家庭内部正在日益淡化的亲子关系。即使在较为传统的日本社会也并非没有问题,其被认为与现代社会还存在相当“距离”。不仅在家庭内部,在区域社会缺乏沟通所导致的结果是产生了老年人的孤立化现象。最近,之所以特意强调“共生的社会”,正是为了应对上面所出现的情况。人们原本因共同生活而组成“社会”,只要有社会就足够了,特意强调“共生的”,这说明现代社会存在着烦恼。

在社会福祉领域,实现“共生”理念的是“规范化”(normalization)思想。<sup>〔1〕</sup>这是来自北欧的进口思想。在这一期间,社会开始强调尽可能地接受残疾人共同生活的理念。这种思想与日本和中国的传统社会中“儒家的教诲”相通。即便在近代日本儒家思想也因被视为陈旧而敬而远之,但至少在与社会福祉思想的关联中,有必要对其进行重新思考。儒家思想强调和睦重于对峙,较于对峙更重视共生或共荣的精神。儒家“孝”的思想不是单纯的“孝敬父母”,如果作为与父母生死相关的一种纽带来考虑的话,对于社会福祉而言,这种思想正是现在应当关注的。当然,传统儒家思想中包含着男尊女卑和家长制的思想,理应不能单纯地全面肯定。正因为如此,在第二次世界大战后的日本,反儒家的思想被强调。但是,在现代家庭中,相当程度上实现了男女平等,家务在男女之间分担实施完成。如果以这样的社会变化作为前提,的确,可以说西方思想补充了儒家思想至今被人们否定的一面。但是,今天大概最重要的是使西方思想与东方思想(儒家)相互补充,时而彼此融合。在成年监护领域,要求子女帮助父母,这并非基于儒家思想,而是期望以现代亲子关系作为基础的发自内心的帮助。<sup>〔2〕</sup>

#### (四) 成年监护制度的历史探讨

##### 1. 关于监护概念：历史探讨

纵观日本历史,在《大镜》(平安时代后期)和《源平盛衰记》(约1160—1180年前后)中就已出现“后见”<sup>〔3〕</sup>和“监护”这一用语,但在当时的日本,监护概念不存在法律上和制度上的含义。在下面,出于对本次演讲目的的重视而采用“监护制度”。由于监护制度往往同社会的应有形态存在密切关联,故必须从与具体的国家和民族之相互关联中进行讨论。但是,东西方社会被认为存在共同面(戒能说),依据这一共同点,我想首先在与人类社会变迁的相互关联中,来考察监护的理念型。

##### 2. 封建的家庭制度与监护

任何国家在任何时期都形成家庭的共同生活。在由封建主从关系形成社会一般关系的时代,当家长和领主年幼时,需要对其进行监护。除此以外的人需要监护时,保护人为家长[实际上,虽然家庭内存在监护的必要性,但这属于家长(户主)权的内容和义务]。如果属于领土财产问题,因为管理上的保护人为上级封建君主,对于诸如“代官”(由幕府派遣的官吏)这样的支配者型管理人,不需要设定公职上的监护制度。

这一时期(中世纪、近代早期)的监护仅仅缘于家长自身的年幼弱小。此种监护绝不是为了“本人的利益保护”,而是为维持“家产”的一项不可或缺的制度。即使家产暂时被归在监护人名下,在制度上也会保障家产最终返还本人。因此,最好由离家长最近的继承人担任法定监护人。与监护制度相并存,从仲续继承(即当户主年幼时,其他人暂时继承家,年幼的户主候选人成为其继承人)的广泛实施中,可以推测维持家产成为重要任务。

##### 3. 家长权的崩溃：亲权、夫权的确立与为了家庭的监护

自近代初期以来,随着家长权的衰退,亲权和夫权相对得到强化,即从家长支配的绝对时代转

〔1〕 所谓规范化(normalization),是指20世纪60年代源自北欧的一种关于社会福祉的社会理念,提倡残疾人与健全人完全平等,相互正常地共同生活在社会中。同时也包括面向规范化的社会运动和政策等。

〔2〕 当继承人中的一人看护父母时,根据民法第904条之二,可以考虑“特别贡献的继承份额”(虽然不是积极地增加遗产,仅仅因未支出护理费用而使遗产不减少)。当然,在生存期间也可与父母之间缔结看护(劳动)契约。

〔3〕 在日本传统艺术歌舞伎和“能”中,帮助舞者的人称为“后见”。由于“后见”尽可能在不显眼处去帮助本人,成人监护应当学习那种助人精神。

变为子女和妻较于家长首先要接受父母和夫之保护的时期。即使家长制度继续存在,但随着家长权的衰弱,各个家庭开始拥有独立的财产。一旦在财产管理上出现需要保护的情形,由父母和夫担当以上责任。在这一时期,启动监护仅仅为了那些缺乏亲权保护的年幼者和缺乏夫权保护的女性。但是,由于维持“家产”的观念并没有消失,监护人的资格受到家庭制度的各种约束。换言之,成为监护人需要存在一定血缘关系,监护人被课以抚养被监护人的义务。这意味着作为监护人的资格需要具备一定的亲属关系,这一点也是在民法典编纂之际将“监护”定位在亲属编的理论依据。与之相对,承认监护人对被监护人的财产拥有强大的支配权,即监护人可以从被监护人的财产中获得收益(自益监护)。这一点只要在某种程度获得实现,就不会产生有关监护人的报酬支付问题。也就是说,监护人的报酬请求权建立在否定自益监护之上。

#### 4. 近代市民社会的成立与个人法的监护

在理念型近代市民社会中,个人作为市民具有独立的法律地位,以家产为中心的社会单位失去了存在意义,以个人为单位而构成的市民社会随即形成。这种趋势在多数国家的近世后期已经出现。伴随着社会基础结构的变化,更多出现了包括儿童在内的无产市民,而传统的监护制度对于这些无产者并不抱有兴趣。如此一来,子女的监护权和财产管理权从家长的手中解放出来,逐渐转移到父母名下。<sup>〔4〕</sup>至此,置于亲权保护之下的未成熟者不再需要监护。因为监护被理解为是亲权的延长,只要亲权人存在,监护就不再成为问题。

在市民社会,每一位市民原则上以独立的判断实施法律行为(私法自治的原则),基于户主庇护的家制度开始衰退,因此,对于那些就自身的事物处理不具备必要的精神能力的人,需要有相对应的保护(监护等)制度即出现了禁治产监护等。此处,有争议的财产并不一定是家产(亲属具有利害关系),在多数情形下因属个人财产,故负责管理的监护人不再需要是亲属,而是带有浓厚的财产管理人的属性。其结果是,监护人丧失了从被监护人的财产中获得收入的权限(自益监护);与此同时,在另一方面,监护人也不再需要负担作为对自益监护之回报的被监护人的扶养义务。由于监护人与被监护人的关系基本上从亲属关系转向他人关系,关于财产管理,有可能承担善管注意义务,并收取适当的报酬。与此同时,财产目录的作成义务和提供担保义务同样可以在与此相关联中进行理解。

尽管可以由他人(亲属以外的第三人)实施监护,但是,基于个人支援要取代亲属援助所拥有的各项功能(对被监护人的人身监护等),往往十分困难。亲属援助是广泛的,不局限于监护人所应发挥的功能。例如,针对监护人的监督功能(在明治民法中,由亲属会和以亲属为中心的监护监督人实施监督)便是其中一项。正因为如此,在以个人为单位的市民社会中,与监护制度相关,基于他人的监护监督人制度和监护法院制度(家庭法院)高度发达。这种变化被称为监护或监护监督的社会化。

#### (五) 成年监护的社会化与自主责任

##### 1. 国家、社会的责任和义务: 仅靠家庭无法支撑

当监护制度对监护人存有利益(自益监护)时,担任监护人的人大有人在。监护规定的主要功能在于决定监护人的就任顺序,规制其运行情况。伴随着自益监护属性的消失,近代监护制度作为义务或负担的属性逐渐趋强。在有偿契约的逻辑还没有渗透进入监护契约时,此种义务的属性较为重要。一旦有偿性逻辑渗透进来,获得对价成为工作的动机,在从自益监护转向他益监护的过渡阶段,如果不存在社会义务等义务要素的话,将难以赋予工作的动机。不过,这是

〔4〕 此处的“监护”并非成年监护,而是指未成年监护。

基于西方文明的理解。拿日本社会来说,在第二次世界大战后,无论是在城市还是在农村,正在出现全社会规模的核心家庭化(指仅有夫妻与子女构成的家庭),老年人与年轻人、壮年人共同居住基本不复存在。另一方面,少子化和老龄化正在进展中。如此一来,裹着近代法外衣的家庭监护制不得不趋于崩溃。特别是少子、老龄化倾向迫使监护制度从家庭结构中解放出来。

这种状况暴露出将监护与扶养和继承毫无关联地做出规定的“近代”法的弱点。首先,当被监护人候选者拥有财产时,多数问题能够得到解决。拥有财产的被监护人可以依靠自己的财产而生活,扶养义务不会出现经济上的问题。唯一的问题是要求对自身财产的合理消费给予帮助的人。虽说其依靠自己的财产生活,当其不具备财产管理的判断能力时,在私法自治原则支配下的社会内,需要得到辅助者的帮助。但是,在家庭监护的框架内能否做到这一点,如前所述,在一般情形下大概很困难。前述(参照图 1)的第三代人不可能对 4 位老人进行监护。假设第三代人能够成为监护人,即便成年被监护人因死亡而减少一半,这样的监护通常也是不可能的。此处,就产生了监护的社会化(成年监护从家庭结构中解放出来)问题。

关于继承问题,有产者可以通过支付报酬,让律师等专家帮助进行处理,因此,死后的财产处分并不是严重问题。<sup>〔5〕</sup>然而,虽然通过遗嘱可以处理死后的财产等,对于多数人来说,当患有重度认知症后,财产管理将变得十分严峻。于是,作为一项私人自治的问题,对此必须通过任意监护契约(后述)做出应对。在此种意义上,认真培育 1999 年经民法修改而创设的任意监护制度,将成为今后重要的任务。

## 2. 任意监护制度:不能仅仅依靠国家

### (1) 私人自治与监护

基于近代法上的私法自治原则,“自己的事情由自己处理”毋庸置疑。但是,由于有时会出现凭借自身能力无法处理事情的情形,如前所述,法律为此预备了法定监护制度。这样一来,针对以上事态事先做出预测,可以考虑与可信任的他人缔结有关“监护”方面的事务处理契约。这种契约在本质上属于委托契约的效力,基本上是可行的,但也存在如下问题。

### (2) 委托契约的局限

日本民法典规定了委托契约,被解释为是一种以特别信赖关系为基础的契约。因信任而委托处理事务,在这种情形下,一旦失去了信任,当事人可随时解除契约。换言之,不让受托人滥用权限的担保,由委托人自身进行控制。如果是这样的话,当委托人出现判断能力降低,以致无法适当控制受托人时,可以认为构成该委托契约有效的基础已经丧失。根据英国的衡平法,在以上情况下,委托契约将失去效力。因此,为了对此种事态事先做出预想,特别是缔结委托契约并使其产生效力,根据英国的议会制定法,有必要使那些考虑接受监督的委托契约趋于有效。日本的任意监护法同样必须从这种角度进行理解。

### (3) 任意监护监督与国家:与国家监护的结合点

家庭法院通过选任任意监护监督人,<sup>〔6〕</sup>使任意监护契约在功能上发挥保护被监护人的作用。所谓“任意”监护,是指基于被监护人意思的一种监护,以国家介入(选任任意监护的监督人)的方

〔5〕 成年监护人的权限因本人死亡而消灭,将寄存的物品(包括金钱)交付继承人;当无人实施葬礼时,存在监护人能否在最小限度内举行葬礼等问题。

〔6〕 民法第 847 条所列举的人不拥有成为任意监护人的资格。该条第 4 项中的“被监护人”可以解读为“本人”。实施不正当行为、具有明显的行为不端及其他不适合任意监护人的职务事由的人同样如此。

式形成系统。仅仅在此意义上,可以被评价为存在“法定”要素。另外,在制度运用层面,任意监护优先于法定监护。也就是说,即使申请开始法定监护,在实施任意监护契约的情形下原则上也不承认利用法定监护制度。

#### (六) 社会福祉之应有形态的变化:从措施到契约

##### 1. 需要措施的时代

下面想谈一下以成年监护为前提的第二次世界大战后日本社会福祉的应有形态,特别是行政所发挥的作用。第二次世界大战后,日本的社会福祉主要是应对战争受害者和从中国(满洲等)等地的归国者。当时,以提供居住和食品为基本,以通过入住设施直到回归社会等生活援助作为工作中心。之后,社会福祉主要针对社会弱势群体和经济上的贫困者,以提供服务为内容而展开。在这种情形下,针对符合一定条件的人,社会福祉行政只要实施某项措施做出应对即可。这是合理的。如对于那些无法从近亲属那里得到帮助的贫困者和老年人,或支付生活保障费,或使其入住福利设施(在此种情形下,向福祉设施支付措施费)。与此同时,针对智障人士,在应对措施上基本相同。

##### 2. 社会的基础变化和基于福祉政策实施应对

但是,经过了战后六十多年,包括前面讲到的家庭形态在内的社会结构的变迁,据此,因为生活水平的普遍提高,即使在经济上并非贫困者,由于老龄等原因,为了维持自己的日常生活,开始需要获得援助(指福利服务上的安排等援助)。与此同时,核心家庭化和少子化导致独居老人的增加。根据厚生劳动省的调查,预测该趋势今后将进一步上升。这些老年人正在考虑退休后的生活,虽然其中有积累了相当储蓄的人,但由于体力和判断力的衰退,也会出现无法为自己有效使用储蓄的情形。针对以上这些人群,福祉行政应当提供社会福祉上的服务。

为了应对新的社会形势,人们期望能够形成以一定的费用(护理保险费等)负担作为前提条件,领取人根据自己的需要能够选择给付的系统。这样一来,护理给付不再借助某项措施,而是在领取人与服务提供者(经营者)之间通过契约方式实现。并且,通过将护理给付委托给护理保险这种形式,基于护理费用的租税的全部负担已经向护理保险系统实施了转移(当然,还残留着经租税负担的一部分)。具体而言,从基于某项措施入住护理设施转向了通过契约入住(基于护理保险给付进行援助)。即便是居住在家庭内,从经由措施的服务转向了护理保险服务。

#### (七) 社会福祉与广义的成年监护

这样的护理系统即便得到了充实,需要护理的人因为自身的判断能力有时却无法利用。与此同时,即使某种程度拥有判断能力的人有时也会购买不必要的护理给付。在此,需要建构作为支援制度的广义上的成年监护制度(监护、保佐、辅助)。

##### 1. 作为成年监护人之任务的财产管理和人身监护

成年监护担负着对被监护人的财产管理和人身监护的任务。关于财产管理,不需要过多说明,其内容大致能够理解。与之相对,人身监护以“关怀”为中心,在内容上却难以理解。具体来说,基于人身监护权,在何种程度上能够就有关被监护人的医疗行为做出同意(代为承诺)等问题存在争议。如果实现以契约作为媒介的社会福祉服务,至少还需要得到援助。虽然成年监护人是为了被监护人而缔结契约,援助者不一定是法律专家。但是,当被监护人拥有高额财产时,为了得到合适且稳定的管理,需要具备法律知识的情形也并不少见。在这种场合下,大概会期待律师、司法书士、税务士等专家成为成年监护人。

此处,值得注意的一点是,如前所述,成年监护人的任务不仅是财产管理,而且包括人身监护,虽然后一项内容在民法上显得较为单薄。不言而喻,成年监护不同于护理,成年监护人自身不会

承担护理被监护人的义务,对被监护人仅负有取得护理服务的关照义务。在与护理的关系上,监护人的任务是完成包括护理认定(需要医生等专家认定护理必要性的程度)在内的护理保险的各项手续,与提供各种福祉服务的经营者缔结契约等。当然,日常的关怀属于这一义务范围内。这一点大概可以被理解为是无法完全委托给他人的成年监护人固有的任务。

## 2. 成年监护的三种类型

最广义的成年监护可以被区分为任意监护(参照前文(五)之2)和下面将要谈到的法定监护(参照下图3)。如前所述,当存在任意监护时,一般优先适用之。一旦被明确存在任意监护,法院将中止以下三种类型的法定监护程序。

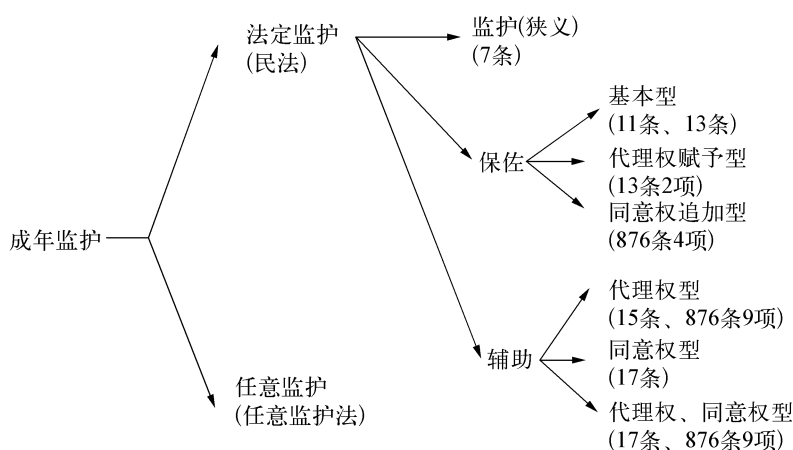


图3 任意监护的种类

### (1) 成年监护

成年监护是为那些因精神障碍而经常性缺失辨识事理能力的人而发挥作用的一项制度,成年监护人被赋予法定代理权和撤销权(民法第7条以下)。

### (2) 保佐

保佐是为那些因精神障碍而导致辨识事理能力明显不完全的人而发挥作用的一项制度,针对被监护人实施的重要法律行为(民法第13条),保佐人被赋予同意权和撤销权(民法第11条以下)。若有必要,还可以赋予保佐人一定的代理权(民法第876条之4)。

### (3) 辅助

辅助是为那些因精神障碍而导致辨识事理能力不完全的人而发挥作用的一项制度,以被监护人基于自身的意思能够实施法律行为作为前提。在这种情形下,关于特定的重要事项,辅助人被赋予代理权或撤销权,或者同时赋予以上两种权利(民法第15条以下)。

## 二、向法院申请监护开始审判

以下关于监护开始的说明,原则上通用于三种法定监护类型。

### (一) 职权主义与申请主义:德国方式和日本方式

监护开始被分为(基于法院)职权主义和(基于本人)申请主义两大类型。

#### 1. 职权主义

在德国,当成年人因精神疾病或身体的、精神的或者身心上的障碍,导致无法全部或部分处理



自身事物时,关照(监护)法院根据本人的申请或者依据职权,可以为其选任照料人。无行为能力人本人也可以实施申请。当成年人因身体残疾而无法处理事务时,只能根据该成年人的申请允许选任照料人,除非该成年人无法告知自己的意思。

## 2. 申请主义(日本)及其问题点

与之相对,在日本,特定的人必须向家庭法院〔7〕申请启动程序,而不是基于法院职权开始程序。

### (1) 申请人不存在

在成年监护法的立法过程中(1999年),作为成年监护之审判程序的开始要件,围绕以下两种方式进行了讨论,即是将亲属等申请作为要件(申请主义),或者由邻居等相关人存在事实上促使家庭法院发动职权的通报,就是否需要监护人,家庭法院依据职权可做出判断(职权主义)。审议的结果是,遵照从前(旧规定)方式,现行法决定维持申请主义。但是,不存在4亲等内的亲属,或者即使有亲属也无法得到协助的情形也不少见(并且,检察官实际上无法发挥申请权人的功能),因此,在三个特别法中[后述,四(三)部分],设置了区市町村的行政长官可以实施申请的内容规定。下面,对应于程序顺序,就存在的问题做一探讨。

### (2) 向区市町村咨询与申请审判

民法规定4亲等内的亲属向家庭法院申请监护,但在现实中,被监护人及其亲属、地区支援中心、民生委员、护理支援专门员(care manager)、福利服务经营者、近邻等在向市政府的担当科室进行咨询后,才开始讨论有关监护的必要性,这种情形不在少数。

即便向有关福利机构进行了咨询,在紧急情况下,因为没有讨论任命成年监护人的充分时间,存在立即入住设施的情形(例如,让老年人入住养护老年公寓)。在入住设施的情况下,再去讨论入住后是否需要成年监护的问题。区(指东京都等情形)市町村的福祉行政的负责人为了应对咨询,关于是否做出审判的申请,为此将实施调查和讨论。〔8〕

## 三、成年监护人的应有形态:个人、法人、数人

### (一) 法人监护

如果从历史沿革理解监护人制度的话,大概谁都设想监护人是自然人。之前法人能否成为监护人并不明确,1999年经法律修改后才明确肯定。当然,在与监护的应有形态之关联上,应当从其他的角度(能看见面孔的监护等)进行讨论。因为法人职员的频繁更换不利于被监护人。

#### 1. 法人监护的意义和要件

所谓法人,是指在自然人以外被承认具有权利义务的主体。一般说起法人,最被熟知的是股份有限公司。但是,如果说适合于成年监护的法人,大概会联想到民法(及一般社团、财团法)上的法人和特别法上的社会福祉法人等。由于股份有限公司是以营利为目的的法人,通常被认为不适合开展监护业务(营利性、破产等)。但是,之前民法在这一领域并不存在禁止营利法人

〔7〕 是指拥有以实施家事案件、家事审判(包括监护)以及少年保护案件审判为主要权限的一种下级法院。大约等同于地方法院。

〔8〕 在2000年法律修改时,各市町村的对应有所迟缓,现在几乎不存在未实施的市町村。正式的统计只涉及都道府县和政令指导城市(大城市)。

的规定。在1999年民法修改之前,关于法人监护是否可行,在解释层面存在着争论。由于不存在规定法人监护的条文依据,基于消极的理由,否定说占据了多数。在1999年民法修改之际,根据民法第843条第4项“成为成年监护人的人是法人时”这一规定,民法明确承认了法人监护。

如果考虑以上过程的话,成年监护法人虽然可以是诸如股份有限公司之类的营利法人(例如,信托银行),但从监护业务本身的属性来看,最好不是追求营利的法人。那么,如果是社会福祉法人就不存在问题吗?答案并非是肯定的。例如,当被监护人入住的设施为社会福祉法人时,考虑到其与被监护人之间的利害关系(利益相反),应当避免由该法人担任成年监护人。因为该法人事事实上支配了成年被监护人的全部生活。

## 2. 与社会福祉法人的关系

在日本,各市町村存在一种被称为“社会福祉协议会”〔9〕的社会福祉法人,为其所在区域的社会福祉而展开活动。有关监护最重要的任务大概是地区福祉权利维护事业(厚生劳动省的事业)。也就是说,该项事业接受患有轻度认知症的老年人,一旦被监护人的判断能力明显出现问题时,即可向成年监护制度(法院主管的制度)实施移交。

### (二) 数人监护

监护人通常为一人,根据民法规定(参照民法旧第842条、第859条之2),成年监护人为数人时,家庭法院可依据职权,确定数个成年监护人共同或分担事务等可行使权限。之所以设定这项规定,是因为当律师(甲)成为负责财产管理的成年监护人时,在人身监护方面,设想由诸如社会福祉士(乙)这样的专家担任成年监护人更适合。但是,在实务审判中,就职务而言,并没有规定以上事务的“分担”。财产管理与人身监护之间的区别虽然在语言上很明确,但落实到具体事务到底归属于哪一方面,其实并不明确。例如,为了护理给付而缔结契约以及购买护理器具等行为,人身监护的负责人可以单独实施吗?还是因为需要支付价金,应当与财产管理的负责人进行商量。其结果是,涉及费用,如果两人进行商量的话,尤其关于“分担”事务,法院在审判中没有必要对其做出具体的规定,两人通过协商大致可以“决定”事务。如可考虑采用以下方法,即在购买一定金额以下的物品时,可以由乙做出判断,每隔一段期间接受监护人甲的检查。在实务中,后一种方法经常被利用。

## 四、监护人的公共属性

监护人是一项置于民法基础上的制度,属于私法,很容易被认为不具备公共属性,但并非如此。

### (一) 所谓公共成年监护

#### 1. 公共监护的主体

在美国,公共监护通常是指由政府机构承担责任的一种广义上的监护(对于公共的信赖)。在这种场合下,由于包含了咨询、调查义务等,理应不属于狭义的监护(公共保护的要素)。从这一角度来看,在日本,由于国家和都道府县在监护领域与市民不直接发生接触,设定主要由区市町村承担责任的“监护”制度。虽然区市町村与都道府县实施相同的“监护”措施,但因为属于行政服务的

〔9〕 属于“力图推进地域福祉为目的的团体”,实施有关社会福祉的事业和活动,其法律形态为社会福祉法人。

主体,考虑到利益相反,作为对每一位市民实施监护的安全屏障,直接担任监护并不是其原本的形态。

## 2. 公共监护的应有形态

在监护领域,有关“公共”介入的方式,可以考虑有如下的组合方式。

第一,区市町村设置实施“监护”机构(特别法人),通过该机构负责实施监护。

第二,行政机构与地域社协等共同设置“监护机构”(第三者机构)。在这种场合下,设置与运营的费用基本上作为行政负担。

第三,区域行政通过向地域社协委托业务而实施监护。

除了利用者负担部分(使用费)外,这三种方法的共同点是区域行政全面负担财政费用。第一种方法属于最直接的“公共”监护。

## 3. 基于法人公共监护的长处

在公共监护机构的设置及运营中,社会福利也会出现需要法律和医学(特别是精神医学)的知识和经验的情形,因此,必须探讨在内部可否聘用专家。由于这种组织采用了法人监护,通常是可能的。

### (二) 监护中国家与行政主体的作用

#### 1. 基于国家责任的成年监护人的选任

成年监护人由家庭法院任命。在这种情况下,担任成年监护人属于普通市民的法律义务吗?也就是说,生活在一个以“共生”理念为前提的社会中,如果有法院的任命,作为市民存在接受任命的某种义务吗?在日本的制度运行中,在任命之前,由于向监护人候补人(交付法院的申请表中有记录栏)询问是否同意,因此,这仅仅是理念上的问题。

#### 2. 担任亲属监护人及其公共属性

即使在亲属担任成年监护人的情况下,由于法院的介入(选任),被认为赋予了公共属性。如果监护人实施滥用权限的行为,在与民事责任发生关联的领域内,被评价为违法行为,作为担负公共任务的人,不受刑事法上有关亲属的法律上的关照(刑罚的免除等)。关于这一点,参照后述(四)。

#### 3. 作为国家机关的家庭法院的地位

家庭法院在地位上应当履行国家的以上公共义务。家庭法院在实施监护审判之际,必须考虑到不侵害自由权,努力实现既有的社会权利利益(参照与宪法第25条相关的法律规定)。当出现申请监护审判时,应尽可能早期进行审判。鉴于以上的公共目的,由于基本上不存在其他能够干预私人财产领域的制度,因此,这项任务十分重要。为了准确地完成该项任务,法院根据需要应努力确保成年监护人。家庭法院难以单独完成任务,需要与社会福祉领域的诸机构(社会福祉协议会、成年监护中心等)进行协调。

### (三) 经由区市町村行政长官申请的成年监护开始审判

有关监护制度的利用,虽然采用了申请主义原则,并不等于可以放弃需要得到监护的老年人。尽管主观上希望利用成年监护制度,但由于不存在4亲等内亲属,或者即使有亲属也得不到协作的情形也不在少数,因此,在三种特别法(老人福祉法第32条、智障者福祉法第28条、精神保健精神障碍者福祉法第51条之11之2)中,设置了有关区市町村行政长官可以申请成年监护开始审判的内容规定。如前所述,此处,与社会保障的“安全网”(safety net)相互关联,可以说体现了成年监护制度的公共属性(国家的责任)。

#### (四) 最近关于监护人责任的最高法院判决的意义

介绍一下关于监护人的公共属性的判例。以下引用的是最高法院 2012 年(平成 24 年)10 月 9 日决定(刑集 66. 10. 981)的判决理由：

由家庭法院选任的成年监护人的监护事务具有公共属性，为了成年被监护人，应诚实管理财产，承担法律上的义务。因此，当成年监护人侵吞业务上占有的成年被监护人所有的财物时，在成年监护人与成年被监护人之间，即使属于刑法第 244 条第 1 款所规定的亲属关系，也不得准用该条款，从而免除刑法上的处罚，并且在量刑时也不应考虑这一层关系。

据此，判例明确了监护属于法院(国家)委托的任务。

## 五、监护监督机构：预防不正

监护人因为对被监护人的财产进行管理，很容易产生侵吞等不正行为，故需要存在监督机构。

### (一) 监护监督人与基于法院的监督

战后经民法修改废止了作为监督机构的亲属会，采用了作为任意(非强制性)机构的监护监督人制度。监护人由家庭法院选任，在无监护监督人的情形下，被置于家庭法院的直接监督之下。

### (二) 监护监督的社会化

据此，监护制度因为“家”制度的解体，在整体上从亲属自治中解放出来，通过导入法定监护制度，监护的社会化得到了飞跃发展，并且因为有家庭法院的监督而变得更为可靠。可以说这是监护监督之社会化的第一阶段。第二次世界大战之后，废止亲属会的监督属于一项重大的进步，但另一方面不得不承认存在负面情形，如无法获得具有丰富社会经验的老年人的建议等。因此，成年被监护人的财产管理及人身监护完全委任给成年监护人是否可行，成为需要探讨的问题。在这里，必须特别关注家庭法院的监督作用。

## 六、事实上的成年监护

以法院选任成年监护人为前提，即使近亲属开始了事实上的监护，由于未履行司法上的程序，也不是具有法律权限的监护人。这种情形属于委托或他人的事务管理(事实上缺乏判断能力)的关系，在何种程度上可以适用或类推适用委托(民法第 643 条以下)和无因管理的规定(民法第 700 条、第 701 条)，在解释论层面存在争议。在日本，很多家庭虽然实施了事实上的监护，但有关高额的财产管理，应当接受监护开始的审判。

## 七、成年监护法与社会福祉关系法：

### 二者的任务分担和紧密关系

成年监护制度无法单独运行，从与司法和社会福祉进行协调的角度，我想指出以下几点。

#### (一) 法理念的不同点与类似点

由于成年监护法目前存在于民法的框架之内，属于意思表示的替代(代理)或补充制度。与

之相对,社会福祉法的主要目的在于增进本人的社会福祉。作为制定法的社会福祉法与其他的法律相互结合,达成立法的目的。与成年监护制度距离最近的是前面谈到的“福祉服务利用援助事业”(当社协实施时,成为地域福祉权利维护事业)。该项事业基于社协与本人之间签订的利用契约。

### (二) 法律适用上的共同点

拥有法定代理权的成年监护人,如果在代理权范围内,没有尊重本人的意思,在考虑本人利益的情形下可以做出决定吗?民法第858条规定具体“在实施事务时,必须尊重成年被监护人的意思,而且须照顾到其身心状态和生活状况”。这超出了财产法通常意义上的善管注意义务的框架。但是,由于是民法规定,无疑属于民法上的义务。这种尊重本人意思的思想应当成为与福祉法共同拥有的东西。

### (三) 两种法律领域的协作运用

在以上两种法律领域,如果不存在诸制度间的相互协调,作为针对被监护人之保护制度的这两项法律将无法得到妥当的运用。

(1) 发现需要利用监护制度的人通常为亲属,但对于独居老人,在通常情形下由与福祉相关的人员发现其需要利用监护制度。如果未能发现,本人的无保护状态将持续下去。

(2) 在日本,首先通过前面谈到的地域福祉权利维护事业来进行援助。具体地说,通过生活支援员实施生活上的援助。此处,成年监护制度不直接发挥作用。

(3) 如果本人的判断能力明显降低,与福祉相关的人员会考虑向法院申请成年监护开始的审判,并同亲属和市町村行政官员进行协商。

(4) 即使在监护开始审判之后,最好是由与福祉相关的人员通过监护人继续对本人实施援助。

(责任编辑:李迎捷)