

## 福祉サービス契約における利用者の 権利保障制度の現状と課題

熊谷士郎

### I はじめに

本稿に与えられたテーマは、福祉サービス契約においては利用者が必ずしも十分な判断能力を有しているとは限らないところ、そのような介護保険法、障害者自立支援法の利用者の権利を保障するための諸制度の法的構造、現状及び課題について論じる、というものである<sup>1)</sup>。

福祉サービス契約において判断能力が不十分な者を支援する主な制度として、まず成年後見制度が想定されているといつてよい<sup>2)</sup>。

では、成年後見制度は実際にこのような機能を果たしているのだろうか。これが本稿で採り上げる第一の課題である。結論をいうなら、成年後見制度は福祉サービス契約締結の支援制度としては必ずしも十分に機能しているとはいえない。

もっとも、このことはすでに予想されていたことであり、成年後見制度を補完するものとして日常生活自立支援事業（地域福祉権利擁護事業）<sup>3)</sup>が構想されたといわれる〔大村 2005, p. 77〕<sup>4)</sup>。

では、日常生活自立支援事業は成年後見制度のどこをどのように補完しているのだろうか、またそのような補完のあり方は理論的にどのように正当化することができるだろうか。重要な指摘はあるものの、これらの点については必ずしも十分に明確にされていないように思われる<sup>5)</sup>。そこで、これらの点について若干の整理・分析をしたい。これが本稿の第二の課題である。以下、順に検討しよう。

### II 成年後見制度と福祉サービス契約

成年後見制度は実際に福祉サービス契約締結の支援制度として機能しているのか、仮に十分に機能していないとすると、その要因はどこにあるのか。これらの点についてはすでに多くの指摘がなされているところであり、屋上屋を架すこととなるが、改めて整理したい（1）。そのうえで、今後改善策を考えるうえで考慮すべき点について一言する（2）。

#### 1 現状の分析

##### (1) 現状

まず、申立件数について見てみよう。申立件数は、制度の改正以降飛躍的に増加しており（改正前の禁治産宣告、準禁治産宣告はそれぞれ 2,963 件、671 件であったのに対して、2007 年度は、禁治産宣告に対応する後見開始の審判の申立ては 2 万 1,297 件、準禁治産宣告に対応する保佐開始の審判の申立ては 2,298 件になっている）、現行の制度に移行された 2000 年度から 2007 年度までの成年後見関係事件の申立件数は総計で 14 万 8309 件に及ぶ。しかしながら、「わが国の認知症高齢者は推定約 180 万人、知的障害者は約 55 万人、精神障害者は約 303 万人といわれている実態と対比すると、8 年間の申立件数が 14 万 8309 件という実績は少ないといわざるを得ない。この申立件数と潜在的受容とのギャップは、財産管理や身上監護において適切な措置がとられず放置されている状況や、深刻な権利侵害にさらされている事例

が数多く潜行しているおそれがあることを示している」〔大貫 2009, p. 26〕といえよう。

また、後見制度の伸びと比較すると、保佐および補助制度の申立ては必ずしも活発ではなく（補助開始の審判の申立件数は、2007 年度 967 件である。保佐開始審判については上述参照）、任意後見制度についても、実際に任意後見監督人選任の審判の申立てまで進むものは必ずしも多くないといえる（2007 年度の任意後見契約締結の登記は 6,733 件であるが、任意後見監督人選任の審判の申立件数は 426 件に過ぎない）。

次に、申立ての主な動機について見てみると、財産管理処分がほとんどのケースで動機として挙げられており（85.6%）、次いで、身上監護（26.4%）、遺産分割協議（12%）と続いている。介護保険契約についてはわずかに 6% のケースで動機として挙げられているに過ぎない（2007 年度の終局事件総数における割合。なお、1 件の事件について主な申立ての動機が複数ある場合がある）。

この状況に鑑みるに、「端的に言って、申立てがなされるのは、財産処分の必要があるが、本人の知的能力の程度を考えると、後見人を選任せざるを得ないという場合である」〔大村 2005, p. 75〕という指摘が説得力を有すると思われる。

そして、介護保険法の領域について、実際には多くの場合に家族等が本人に代わり福祉サービス契約を締結していると指摘されており〔本澤 2000, p. 573, 本沢 2007, pp. 66-67〕、このような現状は、障害者自立支援法の領域についても同様であろうと思われる。「利用者の判断能力が落ちている場合、利用者本人の家族に対する代理権授与行為がないのが一般である」〔本沢 2007, p. 66〕とすると、家族等が行った行為は無権代理行為となり本人には当然には効力が及ばず<sup>6)</sup>、基本的にはせいぜい事務管理が成立する場合があると考えることになる<sup>7)</sup>。その意味では、法的に不安定な状況にあるといえる。

## (2) 要因

以上のように見てくると、立案担当者によって期待された福祉サービス契約締結のための支援制

度という機能を成年後見制度は必ずしも十分に果たしていないといえよう。

では、成年後見制度が福祉サービス契約の締結の局面で利用されない要因はどこにあるのであろうか。さまざまな理由が考えられるが、大きなものとして次の 2 点を指摘できる。

第一は、関係当事者の意識である。「取引額が少額であれば、本人に代わって誰かが押印すればそれで足りる、さらに言えば、本人のためにするのだから契約すら必要ではないという考え方が根強く残っている」〔大村 2005, p. 77〕、また、「事実先行主義の福祉分野では、高齢者や障害者が必要な福祉サービスや介護サービスを利用することさえできれば、その法的根拠となる契約が、本人の意思能力や家族等の代理権の有無によって有効か無効かは重要でないとする傾向にあ」と指摘されている〔本澤 2000, p. 574〕<sup>8)</sup>。

第二は、福祉サービス契約締結の支援制度として成年後見制度を見た場合には、必ずしも合理的な制度設計となっていないということである。これも 2 つに分けることが可能である。一つはコストの問題であり、もう一つは制度の重厚さの問題である。順に確認しておこう。

成年後見制度に関わる費用は、改正前と比較すると大幅に減少している。鑑定費用は、旧制度下の 1995 年度の資料によると、10 万円から 20 万円が 33.6% と最も多くの割合を占めており、5 万円未満は 5.5% に過ぎなかったのに対し、現行制度下の 2007 年度の資料によれば、5 万円以下が 56.9% であり、全体の 98.5% が 10 万円以下であった。しかし、それでも一定の費用はかかることになる。

また、家庭裁判所は、成年後見人等及び本人の資力その他の事情によって、被後見人等の財産の中から相当な報酬を成年後見人等に与えることができ（民 862 条等）、後見等の事務に関わる費用についても本人の財産から支弁される（民 861 条 2 項等）。したがって、場合によってはこのような金銭的な負担が本人に生じることとなる。

以上のようなコストが必要となると、福祉サービス契約の締結のみのためにこのような制度を利

用するというインセンティブは働かないといえる。

仮にコスト負担が軽減されたとしても、問題として残るのが、制度の重厚さの問題である。現行制度の下で大幅な改善がなされているとはいえ（旧制度下（1995年度）は、審理期間が6カ月以上のものが35.5%とかなりの割合を占め、1カ月以内のものは7.6%にとどまっていたのに対して、現行制度のもとでは漸次短縮され、2007年度は、1カ月以内が31.4%、1カ月越え2カ月以内が26.6%であり、2カ月以内で終了するのが全体の約6割を占め、逆に6カ月を超えるものは5.2%に過ぎない）、それでもなお一定の手続的・時間的な負担があることは否めない。また、家庭裁判所の関与による監督や成年後見人等が負う各種義務の履行等も、福祉サービスの締結のみが目的の場合には大きな負担と感じられるかもしれない。

## 2 今後の課題

仮に成年後見制度をより活用すべきであると考ええるなら、以上の要因をできる限り軽減するように、解釈論を展開し、また立法的提案をすべきであるということになる。

例えば、当事者の意識の問題については、一方で制度の趣旨および手続等について積極的にアピールし、他方で市町村長の申立ての制度をより活用できるようにすることなどが考えられよう<sup>9)</sup>。

また、制度上の問題についても、費用に関しては、成年後見制度利用支援事業等をより整備・充実することができれば、一定の程度の改善が図られよう<sup>10)</sup>。制度の重厚さについても、僅少な財産しかない場合については後見事務を軽減すべく運用上工夫することで一定の対処は可能かもしれない。

しかしながら、以下の2点に留意すべきであろう。

第一は、このような改善策を考えるにあたっては、そもそも家族等が本人に代わって事実上契約をしている現状に対する基本的な態度決定が一定の影響を与えると思われることである。すなわち、現状を理想的な状況とは異なる過渡的なものと理解し、いずれはすべてのケースに成年後見制度が発動している状態を目指すべきと考えるの

か、あるいは、むしろ家族が福祉サービス契約を事実上締結している現状を肯定し、このような状態であっても實際上本人の利益が図られている限りは、積極的に成年後見制度を発動させる必要はないと考えるか<sup>11)</sup>。

このような態度決定の相違は、解釈論および立法論いずれについても一定の方向性の違いを導くように思われる。前者のように考える場合には、現状について特に解釈によって法的な根拠をあえて与える必要はないと考え、仮に福祉サービス契約について成年後見制度とは異なる法制度を構築しようとする場合でも、現行の成年後見制度との整合性を図りつつ、その延長上の制度として構想することが素直なように思われる。これに対して、後者のように考える場合には、できる限り現状を追認できるよう、例えば、家族等が行う契約を有効化するような法解釈論を展開し、また、例えば、家族等に簡易な形で一定の代理権を与えるといったような立法的な提案をすることになる<sup>12)</sup>。

もちろん実際の提言はさまざまな点を考慮したものとなるはずであり、単純に以上のようにいえるわけではなからうが、いずれの態度決定を前提とするかによって、議論の枠組みが異なり、それが結果として具体的な改善策についても違いをもたらすということは考えられよう。

第二は、成年後見制度の改善や運用による対処にはやはり限界があるということである。

当然のことであるが、成年後見制度は福祉サービス契約締結のためだけのものではない。立案担当者によれば、成年後見制度は、「精神上の障害により判断能力が不十分であるため契約等の法律行為における意思決定が困難な方々について、後見人等の機関がその判断能力を補う制度」であり、「その判断能力を補うことによって、その判断能力の不十分な方々の生命、身体、自由、財産等の権利を擁護することを目指している」〔小林ほか 2006, p. 3〕。確かに、権利擁護の具体例として「介護サービス提供業者との間で介護契約を締結して、本人が必要とする介護サービスを受けることができるようにする」ことが挙げられており〔小林ほか 2006, p. 4〕、このような機能が現

行の成年後見制度においては重視されていることが窺われるが、同時に契約の取消しの問題や財産管理の問題も重要視されている〔小林ほか 2006, p. 4〕。なるほど、福祉サービス契約の締結という観点からのみ見るならば、成年後見制度は重厚といえるかもしれないが、本人の行為能力の制限が伴う場合や成年後見人等に広範な代理権が与えられる場合を考えるなら、一定の重厚さはやむを得ないともいえよう。

そうだとすると、問題はこのような成年後見制度を補う仕組みを構築する必要があると考えるか否かということになろう。そして、まさに成年後見制度を補うものとして構想されたのが日常生活自立支援事業である。次にこの制度について検討しよう。

### III 日常生活自立支援事業と 成年後見制度との関係

日常生活自立支援事業は、「認知症高齢者、知的障害者、精神障害者等のうち判断能力が不十分な者に対して、福祉サービスの利用に関する援助等を行うことにより、地域において自立した生活が送れるよう支援することを目的とする」ものであり〔日常生活自立支援事業実施要領 1 目的〕、事業の実施主体（都道府県社協又は指定都市社協。事業の一部を基幹的社会福祉協議会に委託可能）が本人と契約（福祉サービス利用援助契約）を締結することにより、支援を行うこととされている。そして、福祉サービス利用援助契約には、場合によっては一定の福祉サービス契約を締結する代理権の授与も含まれることが予定されている〔同 4 (1) イ (ウ)、福祉サービス利用援助契約書標準要式 (A 方式) 6 条等参照〕<sup>13)</sup>。

では、日常生活自立支援事業と成年後見制度の関係はどのようなになっているのか。成年後見制度の立案担当者は次のように説明する。「成年後見制度は、判断能力の不十分な方々の財産管理および身上監護に関する契約等の法律行為を援助するものであり、これに家庭裁判所が成年後見人等、成年後見監督人等または任意後見監督人の選任等

を通じて関与する仕組みであるのに対して、地域福祉権利擁護事業は、利用者ができる限り地域で自立した生活を継続していくために必要なものとして、比較的簡便な仕組みにより、福祉サービスの利用手続の援助や代行、それに付随した日常的な金銭管理等の援助を行う事業」である。そして、「地域福祉権利擁護事業は、事業の実施主体が本人と契約を締結することにより援助を開始することとしており、本人に契約締結に必要な判断能力がない場合には、成年後見制度により選任された成年後見人等との間で利用契約を締結することにな」る〔小林ほか 2006, p. 24〕。

ここから、第一に、日常生活支援事業は、成年後見制度より簡便な仕組みとして想定されていることが分かる。言い換えるなら、成年後見制度より簡便な仕組みという点で、成年後見制度の制度的な問題について補完しているということになろう。

第二に、成年後見制度とは次の 2 つの点でその適用範囲を異にすることが示されている。一つは、契約を締結するのに必要な能力の有無である。あくまで日常生活自立支援事業は契約ベースの支援であり、契約を締結することができない場合には日常生活自立支援事業の対象とならない。二つは、日常生活の自立支援の範囲に含まれるか否かという点である。すなわち、日常生活自立支援事業においては、日常生活の自立の支援に必要な範囲に権限が限定され、それを超える権限を行使する必要がある場合には、成年後見制度が利用されることが想定されているといえる。

しかしながら、なぜこの 2 つの基準によって日常生活自立支援事業の利用範囲の限界が画されるのであろうか。実は、日常生活自立支援事業の構築の背景には、成年後見制度の補完という観点とは異なる文脈があるのであり、このことが上の問題を考えるうえで一定の視点を与える。まずこの点を確認しよう (1)。そのうえで、上記の 2 つの基準について順に検討することとする (2, 3)

#### 1 制度の背景

日常生活自立支援事業は、福祉サービス利用の支援制度として、成年後見制度を補完する仕組み

として位置づけられる一方、次のような背景を持つとされる。すなわち、日常生活自立支援事業を導入する背景の一つとして、措置から契約へという社会福祉基礎構造改革に関する文脈とは別に、「基本的に今までの在宅福祉サービスの中で欠けていたものをカバーする」ということを挙げ、「在宅サービスが従来の、家事援助とか介護援助だけではなくて、もう一つ福祉サービスの利用を支援したり、あるいは金銭的な面からの生活の支援をする必要性が非常に高まってきていると、このことが今回、権利擁護事業が必要とされる一つの背景であろう」と指摘されている〔座談会 2000, p. 135 (小林雅彦発言)〕。

つまり、日常生活の自立のサポートという従来の在宅サービスでは手薄であったサービスを提供する必要性が述べられているのである。ここではいわゆる措置から契約へという社会保障分野における構造改革に伴う福祉サービス利用の支援という文脈とは切り離された、したがって福祉サービス契約締結という局面での成年後見制度の補完という観点とは独立した日常生活自立支援事業の意義ないし目的が存在しているといえそうなのである。

そして、この2つの目的、すなわち、成年後見制度の補完と日常的な自立生活の支援という目的が、日常生活自立支援事業の制度設計において複雑に絡み合っていることが、この事業の理解を困難にしている要因であるように思われる。

このような視点から、成年後見制度と日常生活支援制度の適用範囲を画する2つの基準について検討していこう。

## 2 契約締結する能力

先に見たように、日常生活自立支援事業は契約をベースとした制度であり、この契約を締結する能力を欠く場合にはこの制度を利用できない<sup>14)</sup>。契約に必要な能力はその都度個別に判断されるので、後見の対象となる者でも能力ありとされる可能性もあり、また、保佐および補助の対象者でも能力がないとされる場合もありえようが、典型的に判断するなら、後見の対象者は基本的に日常生活自立支援事業の対象ではなく、他方、

保佐および補助の対象者は日常生活支援事業の対象なりうると考えられるであろう〔福島 2006, pp. 69-71 等参照〕<sup>15)</sup>。

しかしながら、そうだとするとこの契約締結の能力の有無によって日常生活自立支援事業と成年後見制度の対象を区別することには疑問も生じよう。すなわち、日常生活自立支援事業による成年後見制度の補完の必要性が、福祉サービス契約締結という観点から見た場合の成年後見制度の不合理さに由来するとするなら、補助・保佐の対象となるような者のみならず、後見の対象となるような者についても補完の必要性があると思われるからである。

そこで、例えば、そもそも日常生活自立支援事業を利用するために必要な契約を締結する能力は、通常の意味能力より低く見積もられるべきであるという主張がなされている〔西牧 2004, pp. 40-43〕<sup>16)</sup>。このように考える場合には、後見の対象となるほど判断能力が低下しても、日常生活自立支援事業が利用できないとされる局面はかなり限定されることとなろう<sup>17)</sup>。

これに対して、日常生活の「自立」支援という観点を強調するときは、基本的にはサポートによって自立可能な者を対象とすることとなろうと思われ、実施主体による他者決定といえる代理権の行使にまで及ぶのは例外的であると考えることになろう。したがって、基本的に代理が必要となる後見の対象者はその対象になりにくいといえるように思われる。この点、日常生活自立支援事業実施要綱においても、「法律行為にかかわる事務に関し、本事業の目的を達成するために、本人から代理権を授与された上で代理による援助を行う場合には、契約締結審査会に諮り、その意見を踏まえて慎重に対応することと」されている〔日常生活自立支援事業実施要綱 4 (1) イ (ウ)〕。

また、実施主体である社会福祉協議会がサービス提供者でもありうる点について従来から批判があるところであるが<sup>18)</sup>、代理権行使が基本となる制度とした場合には、この指摘がより大きな問題としてクローズアップされるかもしれない<sup>19)</sup>。

このように見てくると、日常生活の自立支援と

いう目的を維持する以上、後見制度をも補完するものとして日常生活自立支援事業を構想することは困難であると思われる。

これに関連して2点付言する。

第一に、以上のようにいうことは、日常生活自立支援事業とは別個に、福祉サービス契約の締結の局面で後見に該当する者を保護する制度を構築する可能性を否定するものではないということである。実際、日常生活自立支援事業とは別の形で、福祉サービス契約に特化した法定代理の制度〔大村 2005, p. 79, 平田 2008, p. 531〕や措置制度の活用（大村 2005, p. 79）が提案されている。

ここでこれらの見解の当否には立ち入らないが、制度設計にあたっては、次の点に留意する必要がある。すなわち、成年後見制度の立法過程において、特別代理人類型（判断能力の程度にかかわらず、当事者の申立ての範囲内において特定法律行為についてのみ代理権を付与される類型）および簡易類型（本人に年金等の収入しかない場合を対象として、判断能力の程度にかかわらず、その金銭の管理についての代理権を付与される簡易な一部代理の類型）を創設することの可否について議論され、それが否定されている点である。その理由は、次の通りであった。①補助類型または保佐類型の活用により、申立てに応じて特定法律行為に関する一部代理権を付与することが可能であるので、これと別途に特殊な類型を設ける必要はない、②事理弁識能力を欠く常況にある者について、本人保護の実効性の観点から全面的な代理権及び広範な取消権の付与を法定することが必要かつ相当であるという政策的判断に基づいて制度化した以上、判断能力が不十分であることを要件としながら、事理弁識能力を欠く常況にある場合でも申立てに応じて特定法律行為に関する一部代理権のみを付与する類型を併存させることは、法制的・政策的に制度として自己矛盾に陥る、③仮に判断能力の程度にかかわらず一部代理権のみの付与を可能にする類型を設けるとすれば、判断能力とは無関係な必要性を要件とする別次元の類型として構成するほかないが、民法上の制度として、判断能力の程度以外の要素に

より法定代理権の付与の必要性を普遍的かつ合理的に限定する要件を適切に設定することは、理論的・法制的に困難である、④仮に判断能力とは無関係な必要性の要件を年金の管理等のような個別具体的な状況に限定して規定するとすれば、事柄の性質上、それは個々の行政法規の範疇に属する問題である〔法務省民事局参事官室 1998, p. 12〕。④の理由からは、福祉サービス契約の締結に特化した代理制度を許容する可能性を見て取れるが、福祉サービス契約の締結に特化した制度を作る場合には、①～③の指摘について（その指摘自体の妥当性の検証を含め）配慮した制度設計をする必要があるであろう<sup>20)</sup>。

第二は、制度の実際の運用状況である。日常生活自立支援事業を上のように理解すると、成年後見制度のうち、おおよそ保佐および補助について補完するものと考えることができる。Ⅱで見たように、保佐および補助は後見と比較すると必ずしも活発に利用されてはいなかったものであり、この部分を補完する必要性は高いといえる。では、実際に、このような機能を日常生活自立支援事業は果たしているといえるのであろうか。

2008年12月現在の資料によれば、1999年10月からの累計の相談件数は、3,142,348件（2008年度（4～12月）は648,264件）であり、新規契約件数は53,042件に上る（2008年度（4～12月）は、6,926件）。利用者の内訳は、認知症高齢者等が63.5%、知的障害者が14.8%、精神障害者等が15.5%、その他が5.6%となっている。このうち、生活保護受給者の割合は33.9%となっている。実際の利用者数も年々堅調に増加しており、2008年12月現在で28,560件である。

このような利用者数は、対象者が重複すると思われる保佐・補助の申立て件数と比較すると倍以上となっており、また経済的に成年後見制度を利用することが困難な層の一定の受け皿となっていると考えることもできよう。しかしながら、Ⅱで見たような潜在的な利用者数を考慮するなら、やはり十分なものではないと思われる〔田山 2007, p. 87〕。

このような要因としては、日常生活自立支援事業の利用者が一定の判断能力を有しているという

ことが考えられる。すなわち、『後見』類型にあたる者と異なり、地域福祉権利擁護事業の利用対象者は、自分で一定以上の理解判断をし、意思表示できるからであり、「家族・親族などが同居あるいは地理的に近いところに居住し、『判断能力の不十分な者の立場にたつて』福祉サービスの利用を支援し、日常生活金銭管理を支援できている場合には、地域福祉権利擁護事業の利用ニーズは少ない。地域福祉権利擁護事業の利用をしなくとも、これらの者の日常生活は成り立ち、生活の質も維持されるであろう」〔福島 2006, p. 78〕というわけである<sup>21)</sup>。

また、「この事業の実施された援助内容としては、むしろ日常的な財産管理のほうが著しく多くなっており、福祉サービスの利用援助よりも日常的な金銭管理に関するニーズが高いことが窺われる」という指摘がなされ〔平田 2008, p. 526〕、「例えば、高額な相続財産が生じた場合や、不動産の管理・運用や高額預貯金・投資の運用の必要性が生じた場合、能力低下による銀行などでの支払い停止となった場合、さらに入所手続きが必要となった場合など、当事業に認められていない代理権が必要となる。また、頻回の悪徳商法被害やサラ金・ヤミ金被害に対しては同意権・取消権が必要となる。このような場合、契約による財産管理制度の利用や成年後見制度の申立て等を勧めても家族が理解しようとせず拒否して、当事業で何とか守ってほしいと強く希望する」という実態も紹介されており〔大國 2009, pp. 5-6〕、日常生活自立支援事業に求められている實際上の主たるニーズは、必ずしも福祉サービスの利用支援ではないことが示されているといえよう。

これについては、「地域福祉権利擁護事業は、社会福祉法上、福祉サービス利用援助事業と位置づけられながら、日常的な金銭管理に適した支援制度が存しないため、日常的な金銭管理を通じた自立支援活動を中心とせざるをえない状況になっている」〔平田 2008, p. 526〕という指摘や、「権利擁護事業を実施する中で、非常に幅広いニーズ例えば、消費者被害に関する援助、計画的なやりくりに関する援助、借金返済・自己破産に関する

援助、遺言・自己破産に関する援助、家族・近隣住民との関係に関する援助等一があり、「他のサービス（事業）では対応できない、または他のサービス（事業）が存在しない部分について権利擁護事業で対応している」との指摘がなされている〔近澤 2005, p. 75〕。

### 3 日常生活

日常生活自立支援事業を、単に成年後見制度のコストや重厚さを補うものとして理解した場合には、このような限定は必然ではない一方、補完の必要性が福祉サービス契約の締結に限定されている場合には、日常的な財産管理さえその対象とする必要はないということにもなろう。

他方、日常的な自立生活の支援という観点からは、支援をする者の権限が日常生活に必要な範囲に限定されるという要請が当然に生じよう。

そして、「日常生活」の支援という観点を強調するときは、日常生活自立支援事業は、単に福祉サービス契約における成年後見制度の補完という意味ではなく、独自のサービスとして成年後見制度と重複して利用される事業であるという理解が可能となる。すなわち、「被支援者の身近にいる支援者が福祉サービスの提供状況と自立生活全般をともに見守るシステムが別途必要」であるが、「成年後見制度は、法的代弁者による支援と家庭裁判所を中核とする法的監督システムによって構成されており、必ずしも上記の見守りシステムとは必ずしも整合性を持たない」という指摘がある〔平田 2008, p. 524〕。仮にこのようにいえるとなると、成年後見制度の利用のインセンティブが働かない部分を補完しようというのではなく、成年後見制度ではケアしにくいサービスを提供とするという意味で、成年後見制度を補完するものとして日常生活自立支援事業を位置づけることになる<sup>22)</sup>。そうだとすると、日常生活自立支援事業は、現在でも成年後見人等との契約でも利用可能であるとされているが、それは当然であり、むしろ成年後見制度が発動した後も積極的にこの制度は利用されるべきであるといえるかもしれない。

そして、さらに「日常生活」の支援という点を

強調していく場合には、判断能力の低下した者に対象を限定すること自体が必ずしも自明ではないともいえそうである。すなわち、認知症でない寝たきりの高齢者や重度の身体障害者等、判断能力はあっても、身体的環境的な状況によって、情報面や行動面で事実上「権利行使障害」がある場合には、権利擁護のニーズがあるので、日常生活自立支援事業の対象に含めるべきであるということも考えられる〔阿部 2000, p. 189, 濱畑 2002, p. 137〕。

なお、ここでの日常生活という限定については、二方面からの議論がある。

一つは、厚生労働省社会・援護局地域福祉課長通知「日常生活自立支援事業の実施について」(平成 19 年 5 月 15 日)では、日常的金銭管理を行う場合に、本人に多額の預貯金があるときは、日常生活費のみを取り扱う専用口座を設けることとし、生活支援員の取り扱う金銭を一定の金額の範囲内と限定するとされており、その口座の目安が 50 万円とされているのであるが、この金額が高いのではないかというものであり、もう一方は、日常性の範囲を拡張せよというものである。

前者は、能力判定ガイドラインの作成担当者の見解であり、「このガイドラインの作成にあたっては、50 万円もの日常生活費口座の管理を委託するような重要な契約を想定してはいない」という〔斎藤 2000, p. 219〕<sup>23)</sup>。

もっとも、このように財産管理の範囲を限定する場合には、現実に日常生活自立支援事業に課せられているニーズとの関係では、そのギャップを大きくするかもしれない、これにどう対処するかが問題となろう。

後者は、先に見たように実際のニーズには多様なものが含まれているのであり、むしろ、このようなニーズに応えるべきだという主張である〔大原 2008, p. 341〕。

しかし、このように考える場合には、先に見た成年後見制度における制度理念との牴触という問題が大きくなることになるであろうし、日常生活自立支援「事業は、在宅の高齢者や障害者に対する『生活』全般の支援をその本質とするもので

あり、必ずしも財産管理業務をメインにするものではない。日々の金銭管理や貴重品の預かり業務は、あくまでも高齢者や障害者の在宅「生活」の支援に必要な手段という位置づけなのである」(倉田 2004, p. 11)という制度観との対峙を迫られよう。

#### IV おわりに

本稿では、成年後見制度および日常生活自立支援事業の現状および課題について、すでに相当蓄積されている議論のごく一部について若干の整理分析を行ってきた。

もっとも、今後に残された課題は多い。本稿で採り上げた指摘や提案等のそれぞれについてより立ち入った検討が必要であろうし、そのためには比較法的な考察も不可欠であろう。本稿では分析の対象外としたが、そもそも福祉サービス契約自体についての理論的な検討も必須である。さらに、日常生活自立支援事業以外のさまざまな民間の取り組みも視野に入れた制度設計、理論構築も必要であろう。

ここでは、複合的な問題領域であり、かつ、実務上も喫緊の課題が提起されている領域であるからこそ、理論的な基礎的研究が重要になると思われる。実務においては日々生起する問題について臨機応変に必要な運用・対策を施しつつさまざまな工夫を積み重ねていくわけであるが、このような実践について背後から一定の法理論的裏付けを与えられるような作業が要請されているといえよう。

#### 注

- 1) 判断能力が不十分な者の保護という観点からは、本来広くそれを保護する機能を有する制度を検討すべきであり、そうだとすると福祉サービス契約の内容規制や情報提供義務等にも考察を押し及ぼすべきであるとも考えられる。しかしながら、その際には、そもそも福祉サービス契約の概念および性質についての検討が必要であり、これ自体論ずべき点の多い大きな問題である。本稿では、福祉サービス契約の概念規定とは一応独立して考えられる法制度である成年後見制度と日常生活自立支援事業に限定して論



じることとする。同様に、苦情処理制度等についても検討の対象から外す。

また、このように対象を限定したとしても、これらの制度に関する問題については、法理論的なものから実務的・実践的なものまでさまざまなレベルのものが考えられ、これらをめぐる議論についてもかなり蓄積があるところである。そこで提示されているさまざまな問題の重要性を十分認識しつつも、本稿では、紙幅等の関係から、これらの問題を網羅的に採り上げることはせず、法理論的な観点から、本文に述べた2つの課題について検討するにとどめる。

- 2) 成年後見制度の立案担当者の説明として、介護保険に関して、小林ほか2006, p. 22, 障害者自立支援事業に関して、小林ほか2006, p. 342 参照。
- 3) 地域福祉権利擁護事業という名称は、平成19年から、一層の利用が促進されることを目的として日常生活自立支援事業と変更され、それに伴い、援助内容や相談体制の強化（専門員の資格）についての変更がなされた〔厚労省援護局地域福祉課長通知「日常生活自立支援事業の実施について」（平成19年5月15日）〕。しかし、事業の基本的な内容・仕組み等は変わっておらず、現在都道府県において両者の名称が用いられているようであり〔大國2009, pp. 6-7〕、両者の名称は互換的に用いられている。本稿でも、必要のない限り両者の名称を互換的に用いることとする。
- 4) 社会福祉基礎構造改革においても、地域福祉権利擁護事業（現日常生活自立支援事業）は成年後見制度を補完する仕組みと位置づけられていた〔厚生省「社会福祉基礎構造改革について（社会福祉事業法等改正法案大綱骨子）」（平成11年4月20日）〕。
- 5) 本澤2000, p. 573は、「成年後見制度と地域福祉権利擁護事業（福祉サービス利用援助事業）の適用範囲は重複しており、両者の振り分けの基準が明確でないため、また両者の継続性・連続性も明確でないため、成年後見制度の意義が十分に理解されず、その利用が進まない状況になっている」と指摘する。
- 6) もっとも、事実上の後見人が行った無権代理人の行為を事後に追認拒絶することができるかが問題となった判例（最判平成6・9・13民集48巻6号1263頁）の理解の仕方如何によっては、ここで想定されるような場合について広く信義則上追認拒絶が認められないと解する余地もありえるかもしれない。この判決については、文献の所在を含めて、拙稿2008, pp. 106-107を参照していただければ幸いである。

また、我が国において一般的な考えではないが、事務管理の効果として有権代理となるという構成も考えられよう。

- 7) 家族がなした契約を第三者の契約として本人に権利を帰属させることも考えられるが、受益の意思表示が必要である点をどのようにクリアするかという問題があり、また、「家族等が契約当事者となった場合、契約により生じる利用料の支払債務の九割（一割の自己負担を除く）が、介護保険の本人給付により弁済される」とすることには、やはり介護保険法上問題がある」と指摘されている〔本澤2000, p. 565〕。また、そもそも、第三者のためにする契約という構成でいつまでも容易に支援者による行為を正当化することは、「措置」から「契約」へという形で、個人の尊厳を重視してパターンリズムを排し、サービス利用者の自己決定を尊重しようという理念に反し許されないという指摘もある〔平田2008, p. 530〕。
- 8) このような理解の背景には、厚生労働省（当時厚生省）の通知の影響が考えられる。例えば、厚生省介護保険制度実施推進本部老人福祉局企画課長通知（平成12年3月28日）は、「施行日以降、契約書を取り交わす場合には、……判断能力が不十分な者の家族等が代理することも可能（成年後見制度を活用し、後見人、保佐人、補助人等を代理人として契約書を取り交わすことも考えられる）」としていたことから、「家族は家族であるがゆえに当然に代理権を有しており、成年後見制度の利用は単に家族等のいない場合の例外的措置にすぎないかのような印象を福祉関係者等に与えている」と指摘されている〔本澤2000, p. 555〕。平田2008, pp. 528-529, 伊藤2008, p. 349も参照。
- 9) 市町村長申立てについては、河野2006, pp. 235-236, 同2007, pp. 15-16等参照。
- 10) 成年後見制度利用支援事業の運用状況や課題等については、特集「成年後見制度利用支援事業」2008所収の諸論考等参照。
- 11) 成年後見制度の立法の段階で、個別の法律行為のみ代理権を有する特別代理人の要否が問題となった際に、「本人が意思能力を喪失した後も、任意代理人や家族等によって保護を受け、財産管理等に格別の不安がないときは、法定後見制度は発動されないとする原則」という意味での「補充性の原則」が問題とされている。ここでは、補充性の原則について「特に親族等が本人の財産を管理することを正面から認めることになるが、それがいかなる法的根拠に基づくものかが明確にされていない以上、現実にも本人の保護が図られるか疑問である」という意見が述べられている〔成年後見問題研究会1997, p. 41〕。
- 12) この点に関連して、ドイツのホーム法5条12項において、我が国の意思無能力者に相当する自然的無能力者が締結する契約について、すでに行われた給付と反対給付について、それが対

- 価的に相応である限りで有効性を維持することとされたが、このような規定によって、親族や社会福祉サービスによる「事実上の世話」を容易にする意味があるとされている点に興味深い。これについては、丸山 2007, pp. 136-137 等参照。
- 13) 日常生活自立支援事業の概要については、全国社会福祉協議会 2008 等参照。本稿との関係では、pp. 60-65 の記述が有益である。
- 14) 本稿では立ち入らないが、そもそも日常生活自立支援事業においてなされている契約締結判定ガイドラインによる能力判定が、一般的に契約に必要とされる意思能力の有無の判断とどのような関係に立っているか自体検討の余地がある問題である。筆者なりの一つの理解の可能性として、拙稿 2003, pp. 373-374 を参照していただければ幸いである。
- 15) このような者の契約締結能力については、任意後見契約のいわゆる即効型と同様の問題がある。この点を指摘するものとして、座談会 2000, p. 152 (平田厚, 野田愛子発言), 濱畑 2002, p. 130 等参照。
- 16) この見解に対する批判として、大原 2007, p. 155 参照。
- 17) もっとも、この見解も「限定的意思能力(形式的に契約を成立させる能力)」は必要とするので、その限りでは日常生活自立支援事業の対象とならない場合が生じる。  
なお、本稿では、この見解のような解釈が妥当か否かについては立ち入らないが、一方で意思無能力法理について立ち入った検討をし、他方でいわゆる福祉契約論の動向を視野に入れつつ、このような帰結が意思無能力法理の一般論から正当化が可能なのか、あるいは、意思無能力法理の一般論からは正当化できず、福祉契約に特殊な理論として理解されるべきなのか、またそのときはどのようにこの特殊性を正当化するのかといった点が問題となると思われる。
- 18) 斎藤 2000, p. 217 は、「第一は、もしも、社会福祉協議会が提供するサービスを利用するのであれば、社会福祉協議会が派遣する生活支援員は、サービス利用者とサービス提供者の間の中立的な仲介者にはなりえない。第二に、社会福祉協議会が提供するサービスと、他の民間企業や NPO が提供するサービスが競合した場合、社会福祉協議会が地域福祉権利擁護事業をおこなうことによって、サービス提供者間の公正な競争を阻害する可能性がある」と指摘する。
- 19) 福島 2006, p. 78 は、「社会福祉協議会の場合は、介護保険等のサービスを提供する部署と地域福祉権利擁護事業や福祉サービス利用援助事業を提供する部署を分け、責任者や指揮命令系統などを明確に分けることによって、利益相反とならない仕組みとなっている」という。
- 20) 大村 2005, p. 79 は、福祉サービスに特化した代理制度を構築することは、「技術的な調整は必要であるとしても、成年後見制度の制度理念との間に矛盾が生ずる懸念はないだろう」という。この点に関連して、従来のフランスにおける社会保障給付に関する後見制度およびその後の改正が興味深い。これらについては、嵩 2007, pp. 165-169, 窪 2008, pp. 174-175 等参照。
- 21) もっとも、福島 2006, p. 78 はこのように述べた後、家族・親族のサポートの質は外から見えにくいとし、家族等がいるからといって日常生活自立支援事業の利用のニーズがないものとして扱うことは常に危険が伴うと指摘する。
- 22) ニュアンスは異なるが、本文で述べたような補完の二面性について、河野 2006, p. 227 参照。
- 23) 大國 2009, p. 6 も、「日常生活自立支援事業が取り扱う財産管理の援助範囲は、たとえば、年金生活程度のデイリーマネーマネジメントとして明確にしてもよいのではないか」と主張する。

#### 参考文献

- 阿部和光 (2000) 「社会福祉における権利擁護の課題」 社会保障法 15 号 pp. 185-196。
- 伊藤周平 (2008) 『介護保険法と権利保障』 法律文化社。
- 大國美智子 (2009) 「後見支援・権利擁護事業の 10 年をふりかえる」, 全国社会福祉協議会『権利擁護虐待防止年報 2009』。
- 大貫正男 (2009) 「成年後見制度の現状と課題」 月刊福祉 2009 年 2 月号 pp. 26-29。
- 大原利夫 (2007) 「福祉契約と福祉サービス利用援助事業」, 新井誠ほか編著『福祉契約と利用者の権利擁護』 日本加除出版, pp. 139-164。
- (2008) 「自立支援と権利擁護」, 菊池馨実『自立支援と社会保障』 日本加除出版, pp. 327-351。
- 大村敦志 (2005) 「成年後見と介護契約」 法の支配 136 号 pp. 72-82。
- 河野正輝 (2006) 『社会福祉法の新展開』 有斐閣。
- (2007) 「権利擁護サービスにおける公的責任と成年後見制度の役割」 実践成年後見 20 号 pp. 12-20。
- 窪孝治 (2008) 「フランスにおける成年者保護制度の改正」 総合政策 9 巻 2 号 pp. 169-181。
- 熊谷士郎 (2003) 「意思無能力法理の再検討」 有信堂。
- (2008) 「後見人の追認拒絶」 別冊ジュリスト 193 号 pp. 106-107。
- 倉田聡 (2004) 「成年後見における生活支援とは」 実践成年後見 9 号 pp. 4-11。
- 小林昭彦ほか編 (2006) 『新版一問一答新しい成年後見制度』 商事法務。
- 斎藤正彦 (2000) 「地域福祉権利擁護事業と成年後見制度」, 新井誠＝西山詮編『成年後見と意思能

- 力』日本評論社, pp. 205-222。
- 座談会 (2007)「成年後見制度と地域福祉権利擁護事業」判例タイムズ 1030 号 pp. 134-160。
- 品田充儀 (2008)「介護・福祉サービス利用契約の意義と法的問題」実践成年後見 26 号 pp. 4-11。
- 社団法人 全国社会福祉協議会 (2008)『日常生活自立支援事業推進マニュアル』。
- 成年後見問題研究会 (1997)『成年後見問題研究会報告書』きんざい。
- 嵩さやか (2007)「フランスにおける社会福祉サービスと契約への規制」, 岩村正彦編『福祉サービス契約の法的研究』有斐閣, pp. 145-205。
- 田山輝明 (2007)『成年後見読本』三省堂。
- 近澤貴徳 (2005)「地域福祉権利擁護事業の現状からみた権利擁護制度のあり方」社会保障法 20 号 pp. 70-82。
- 鼎談 (2009)「検証 権利擁護の 10 年」月刊福祉 2009 年 2 月号 pp. 12-21。
- 特集・成年後見制度利用支援事業 (2009) 実践成年後見 28 号。
- 西牧正義 (2004)「社会福祉協議会地域福祉権利擁護事業と意思能力」, 小林一俊博士古稀記念論集編集委員会『財産法諸問題の考察』酒井書店, pp. 25-45 以下。
- 濱畑芳和 (2002)「福祉サービス利用援助契約と権利保障型後見」龍谷大学大学院法学研究 4 号 pp. 127-140。
- 平田厚 (2008)「福祉サービス契約をめぐる成年後見制度と地域福祉権利擁護事業」, 野田愛子・梶村太市総編『新家族法実務大系②親族 [II]』新日本法規, pp. 518-533。
- 福島喜代子 (2006)「地域福祉権利擁護事業の現状と課題」国民生活研究 45 巻 4 号 pp. 68-88。
- 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解説』きんざい。
- 丸山絵美子 (2007)「ドイツホーム法 2001 年・2002 年改正の紹介」, 岩村正彦編『福祉サービス契約の法的研究』有斐閣, pp. 104-144。
- 本澤巳代子 (2000)「成年後見と介護保険」民商 122 巻 4=5 号 pp. 554-574。
- 本澤巳代子 (2007)「介護保険サービスの利用契約等に関するアンケート調査」, 新井誠編著『福祉契約と利用者の権利擁護』信山社, pp. 63-82。

(くまがい・しろう 金沢大学教授)