**中国内陸の成年後見法の発展と変革**

**李霞**

　概要：中国大陸の成年後見法は1987年に効力を発した『民法通則』及び司法解釈から構成され、その理念と規則は現代の国際立法の傾向と中国人口高齢化の制度需要に遅れている。2015年に民法辞典の編纂作業はスタートし、2017年に『民法総則草案』は通す見込みである。そのなか、成年後見の設計に対して理念上で自己決定の尊重の受け止めなど、最小制限の原則、利益最大化原則、能力推定の原則、被後見人は必ず成人精神障がい者ではなくてもよい、判断能力がない者と判断能力が不十分なすべての成年は後見制度の利用者であると明記している。成年後見人は従来の親族、民政部門から社会福祉施設まで拡大した。2016年6月に審議で通した『民法総則（草案）』は依然として後見の手続き保障に対して規範する。後見人の選任は非公開であり、後見措置の単一問題は非常に深刻であり、多元化問題の解決を得ていない。今になっても意思決定支援の詳細な規則設計がなく、しかし既に起草した『婚姻家庭編』の条文においては任意後見制度が現れた。この制度はほぼ日本と韓国の法律の枠組みを参考にしているが、その上一部はアメリカの持続性代理権法を参考している。

　**キーワード：自己決定の尊重、手続き保障、後見措置、任意後見**

　中国大陸の後見に関する重要な法律は1987年に効力を発した『民法通則』第17条であり、この項では判断能力がない者と判断能力が不十分な精神障がい者の後見制度を明記したので、そのため、「精神障がい者の後見」とも呼ばれ、1986年に民法通則の実施から今日まで使われている。民法典草案の編纂に伴い、成年後見制度の中身は徐々に多くの学者に重視されるようになった。多くの民法典草案の専門家の提案書は成年後見制度に専門規定を出しただけではなく、2013年に施行した『老人法』にも初めて現行法の形式で高齢者は合意して後見人を選定することを規定し、これは我が国が成年後見制度の構築に対して重要な試みになる。2015年に民法典の編纂は議事日程に上げて、2016年6月に第十二届全国人民代表大会常務委員会の第21回の会議で初めて『民法総則（草案）』を審議で通して、そして10月31日に第2回の審議を行った。本文では現在の立法と学説研究に参考して中国大陸の成年後見制度の変革の傾向をまとめる。

——————————————————————

李霞、華東政法大学教授、中国上海、lisa\_1@163.com

**一、成年後見立法の理念と原則**

**（一）理念**

どのように身体障がい者の人権問題を対応していくかについて、成年後見は「権利モデル」に転向しはじまった。このモデルは脆弱な身体障がい者の人権と自由を重ねて言明し確認し、そして能動的な措置を取り入れて個人の主体性と自立を支援する。身体障がい者は医療と福祉の対象者であるのみではなく、社会生活の平等な参加者でもあるようになった。受身的な保護から次第に自治を中心にする支援と補助に転換し、立法の理念は法律家父主義から「自己決定権」の尊重と「正常化」の２つの理念に変わり、これは現代の成年後見法の要求と接近している。

　いくつか既に公表された民法典の提案書でもこれらの理念を反映していて、各版の提案書は成年意思決定支援の重要性を認識し、そしてこれを後見類型の一つとして規定した。これはかなりの程度で成年被後見人に自己決定権の実現について大きな進展があったとみなすことができるだろう。

　これに対して、正常化する理念は我が国の民法典草案の成年後見制度の設定に関する立法条文のなかで徹底的に貫徹することができなかった。政府の『民法総則（草案）』と一部の専門家の提案書は依然として判断能力がない者と判断能力の不十分な者の区分方法が引き続いている。

　我が国の『民法通則』に規定されている後見制度は社会安定を維持する視点から出発し、成年精神障がい者を判断能力のない者あるいは判断能力の不十分な者に設定し、その判断行為は法定代理人に代理実施され、成年精神障がい者をその他の社会メンバーから切り離す。彼らの正常な社会生活の参加を制限して、たとえ実際に一定の法律行為を意識する能力があっても、このような定めにより全面的に自己決定権を喪失する。

**（二）原則**

今の成年後見は最小制限の原則、利益最大化原則、能力推定の原則を要する。いくつかの提案書は意思決定支援の規定に対して、当事者の意思の尊重を反映したのみならず、ある程度我が国の成年後見の設立の原則も反映し、これは後見人の権利の濫用を免れ、無制限の代替後見も抑えた。そのため、成年後見は本人の意思を尊重すべき、被後見人の意思と利益を十分に考慮した上に実施し、それによってその利益最大化原則を保障する。孫憲忠先生の提案書はこれに対して明確に規定した：「後見人は被後見人を最優先する原則に従って後見責務を履行すべき、被後見人の身上、財産及びその他の合法的な権益を保護する。被後見人の利益を保護するため以外、被後見人の財産を処分してはいけない。未成年の後見人は後見責務を履行する際、被後見人の年齢と知力の状況によって、被後見人の権益と関係がある決定を作る出す時、被後見人の意思を尊重する。」

　そのため、成年の後見人は後見責務を履行する際、最大限に被後見人の意思を尊重すべき、被後見人に単独でその知力、精神の状況と適応する法律行為を行うことを保障し協力する。

**二、成年後見人の主体**

「民法通則」は、成年後見人の主体を判断能力ないもしくは判断能力不十分な精神障がい者に限る。しかし、今はこのような判断能力を区別方法は成年後見のニーズに合わない。この点について、多くの研究者からいくつかの提言が出された。

2016年6月第一回審議を経て、10月31日第2回審議にて「民法総則（草案）」が審議された。未成年後見人制度に次いで成年後見人制度が定められた。判断能力ない精神障がい者、もしくは判断能力不十分な精神障がい者について、人民裁判所が精神障がい者の利益を最大にするに基づき、一定範囲内で確認を行うこと。

成年後見人について、研究者が起草した提案は「民法総則(草案)」より優れている。例えば、梁恵星先生による提案した総則において精神障害、知的障害、身体障害の成人を「成人障がい者」と称し、判断能力が制限される者と帰する。親族編後見人を設け、成年後見と未成年後見を同一レベルとみなす。その同時に、被後見人は成年精神障がい者とは限らず、判断能力がない成人も、判断能力が不十分な成人も被後見制度の対象である。後見人は従来の親族、行政部門から社会福祉施設まで広がる。

中国法学会は専門家提案を起草した、精神障がい者の後見人に対して独立基準を設け、まだ判断能力を失っていないが精神、知能、年齢などの原因で自らが一部もしくは全部を対応できない成人に対し、被後見人本人、その家族、もしくは所在地域の行政部門が申請を行えば、裁判所は被後見人の親族の中、もしくは親密な関係を持つ者の中から後見人を選任できる。

中国社会科学院の専門家の提案において、成年後見の対象者は判断能力ないもしくは判断能力が不十分な成人の定義も「民法通則」の成年後見制度の対象者は精神障がい者に限るという範囲より大きい。

すなわち、成年後見は精神障がい者に限らないということは必然ななれ行きであり、今後の課題としては、法律規制の手続きにおいてどのように理解と適用を整えることである。

**三、成年後見と「障碍者権利公約」第12条**

判断能力ない者の制度問題について、現行の「民法通則」第13条と第14条は判断能力を奪ったあとに後見を適用するというモデル。「民法総則（草案）」の中「障がい者権利公約」第12条について関心を持たなかった、本来のモデルをそのまま使用していることは、第20条～第23条に現れている。

第20条　自分の能力を判断できない成人は判断能力ない者とみなし、当事者の法定代理人によって判断を行う。

満6歳の未成年者は自分で判断できないため、前項規定に適用。

第21条　自分で自分の行為を完全に判断できない成人は、判断能力が制限される者とし、一人で利益を得る法律行為あるいはその知力、精神の健康状況と適応する法律行為を実施することができる。その他の法律行為は法定代行人に代行され、あるいは法定代行人の同意を得る。

第22条　判断能力ない者、判断能力が限られた者の後見人は法定代理人である。

第23条　自分の行為を判断できないもしくは完全には判断できない成人の利害関係者は裁判所に判断能力がないもしくは判断能力が限られている審判手続きを申請する。

裁判所に判断能力がないもしくは判断能力が限られたと認められた者は、知力、精神健康状況に基づけ、本人、利害関係者もしくは関連施設職員が申請して、裁判所に当事者は判断能力が限られるもしくは判断能力があると審判を改める。

残念なことは、専門家からの提案の多くは「民法通則」をしきたり通りに行ってきたが、梁恵星先生は「親族編」の中で成年後見制度の仕組みを説明する際、「現行民法通則に宣言された精神障がい者は判断能力がないもしくは判断能力が限られた者であり、このようなに人は後見人制度を提要されるのを廃止し、新たな成人ケア制度をつくる」と明白に提案された。梁恵星先生の観点から、成人ケア制度と判断能力の関係を断ち切れる、成人後見制度の現代立法観念と発展方向を現す。

 実は、民間の知的障がい者親協会はずっと判断能力と後見制度の関係を取り消してほしいと訴えてきたが、行政に受け入れてもらえなかった。このことは今回10月31日の第2次審議書に含まれている。

 中国は国連「障碍者権利公約」の締約国であり、条約義務を果たすべきであり、「公約」の第12条の法律の前障碍者が平等である規定を守るべき。しかし「民法総則（草案）」は元来の規定を固く守り、我が国が国際条約を署名したことを無視し、筋が通っていない。

 そのほか、「民法通則」でも「民法総則（草案）」にしても、成人精神障がい者は被後見人として後見人制度に対して異議を申すことを認めない。これによって後見人が被後見人の利益を侵害する際被後見人を救済できないことになる。

**四、法定後見と任意後見**

「民法通則」によって、後見人制度は法定後見に限り、精神疾患成人は自分で後見人を選任権利はない。

2013年から実施された「高齢者権利保障法」第26条によって、判断能力がある高齢者は、当事者は親族もしくは親密な関係を持ち且つ後見役割を果たしたい者、組織の中から自分の後見人を選任できる。後見人は高齢者が判断能力を失ったもしくは一部失った時、法律に基づき後見責任を担う。

しかし、2016年6月に議案が承認された民法典総則草案はいまだに任意後見に関する規定を定めていない、つまり任意後見は重視されていないことは明らかである。

もっと残念の事に、「民法総則（草案）」は依然として後見開始の手続きについて詳細な規定がない。後見人の選任は非公開であり、裁判所は成人が判断能力がない或いは判断能力が不十分と判断された場合、血縁関係のある親族及び友人、民政部門、社会福祉施設などの後見人候補者から、後見人を選任する。

専門家提案書の中で、事前指定制度の案もあったが、それは公的な草案に取り入れるかどうかは来年の３月まで不明である。

何れにしても、我が国において現行立法の中で成年任意後見の試みが始まったことに評価できるだろう。「民法総則草案」の中で現在任意後見の詳細な規定がないが、起草中の「婚姻家族編」の条文の中で、任意後見制度について触れていた。この制度の構成は基本的に日本と韓国の法律の枠組みを参考し、一部アメリカの持続代理権法も参考している。

**五、成年後見措置**

成年後見措置について、「民法通則」の中で一つの項で規定している。

第18項 後見人は後見の義務を果たし、被後見人の人身、財産及びその他の合法的権益を守らなければならない。後見人は被後見人の利益のため以外、その財産を処分してはいけない。

後見人は法律の下で後見の権利を行使し、法律により保障される。

後見人は責任を果たしない場合あるいは被後見人の利益を侵害した場合、責任を負わなければならない：被後見人に財産の損害を与えた場合、賠償しなければならない。裁判所は関係者あるいは関係施設の申立により、後見人の資格を取消することができる。

この規定から、成年後見は単に個人の意思決定権が全面的に代替されると見なされてしまう。なお、2016年６月「民法総則（草案）」はこの点について、改善することはなく、依然として「後見人は被後見人の利益最大化の原則のもと、後見責務を果たし、被後見人の人身、財産の権益を守らなければならない。被後見人に管理と教育を行うこと。成年被後見人を代理して法律行為を行うこと。被後見人の利益以外の目的で、その財産を処分してはいけないこと」と規定している。

現在公開された専門家提案書から見ると、我が国の成年後見制度の改革は統一した体系がまだ形成されておらず、また具体化も実現していない。後見制度の画一化の問題が非常に大きく、多元化の問題も未解決のままである。今後、成年後見制度の制定には道がほど遠い。

梁慧星先生の専門家提案書の中では、後見責務を以下のように規定すべきとしている：（一）被後見人の人身を守ること、（二）被後見人の管理と教育を行うこと、（三）被後見人の日常生活を世話する、（四）被後見人の財産を管理し、保障する、（五）被後見人が医療、介護などを受けられるように条件を整備する、（六）被後見人を代理し、法律行為を行うことなどである。このような規定は、全面的に後見する疑いがあるが、財産処分と代理権限について具体的な規定を示した。例えば、後見人は財産管理リスクを作成し、被後見人の財産を適確に管理すべきである。後見人は被後見人の日常生活及び教育のニーズに応じて、被後見人の財産を処分することができる。大きな財産処分には、後見監督者の同意を得なければならない。後見人は被後見人の贈与行為を代理してはいけない、ただし、道徳的規範の贈与が除外する。相続の放棄、遺産の放棄、贈与の放棄などについて、後見人は被後見人を代理し判断してはいけない。これらの制限は、後見人の全面的な代替決定権をある程度コントロールすることができる。

　中国法学会の提案書、中国社会科学院専門家提案書はこれについて具体的な規定が見られなかった。それに比べると、学者の楊立新先生による専門家提案書は後見制度の規定について、最も詳細であると思われる。楊先生によると、後見人は、行為能力のないあるいは行為能力が制限される者成年人の法定代理人として、制限行為能力人が規定外の法律行為をすることに承認すべきであり、被後見人は法定代理人の承認なしに行った一方的な法律行為が無効である。それと同時に、制限行為能力人が法定代理は承認していない法律行為について、後見人は追認権がある。注意すべきなのは、楊先生の提案書の中で、後見を、未成年後見、成年後見と保護（障がい者の保護）という３つの種類に分け、保護人は意思表示ができるかどうかを基準に障がい者の保護と成年後見を区分する。実際に、後者の二つは、広義的に見ると、成年後見の一つの区分になるが、保護人は必要な範囲内で被保護人に関連する事務を処理する。その際、被保護人の意向を尊重し，被保護人利益最大化を原則とし、さらに保護事務の範囲内で被保護人を代理し法律行為を行う。

民法通則の規定以外、医療サービスの自己決定の内容を加えた専門家提案書もある。「後見人は適確に被後見人の生活を支援、保障すべきであり、被後見人の人身、財産及びその他の利益を守り、必要の時彼に管理や教育を行うこともある。被後見人は事務的な協力が必要の際に、彼を代理し法律行為を行う。被後見人の権利が侵害され或は他人とトラブルになった際に、彼の代わりに裁判する」。この提案書は人身後見における医療同意権について具体的な制限を示し、財産後見における後見人の処分権及び贈与代理権についても制限された。

現在中国国内が公開した成年後見制度の構想案の共通した問題は、具体的な規定がないことである。なお，「民法通則」の規定と比べると、成年後見制度は明確に私法の中に位置づけられ、全体的な制度の枠組みも出来上がった。例えば成年後見は未成年後見と区分し、成年後見の主体、開始、措置、監督及び関連する報酬などの内容についても言及している。成年後見制度について、中国は現在世界の流れに乗り遅れているが、改革・発展しつつある。