

第3回 成年後見制度の在り方に関する研究会

日時：令和4年7月28日（木）15:30～18:10

場所：公益社団法人商事法務研究会会議室 ※オンライン併用にて開催

議事録

（座長） 第3回成年後見制度の在り方に関する研究会を始めます。本日の会議は、最高裁判所から、木村匡彦課長に代わり手嶋あさみ家庭局長にご出席いただいています。最初に法務省から、配布資料の説明をお願いします。

（法務省） 本日お配りしている資料は、第3回会議議事次第であり、新たな研究会資料の配布はございません。その他、○委員ご提出の意見メモの配布がございます。

（座長） 本日の配布資料は、ご案内申し上げたとおりです。これから議事に入るに先立ち、お諮りします。○委員にご提出いただいた意見書があり、意見の内容は、逐次論点を取り上げる際に仰せいただきたいと考えますが、それとともに、論点を取り上げる順番に関してもご意見を頂いています。拝読すれば理解が叶うところですが、○委員から何か補足があれば承ります。

（○） この成年保護特別代理人の位置付けや役割を考えるに当たっては、まずは全体的な見直しの方向として成年後見制度全体がどうなるかを踏まえた上で議論しなければ、全て仮の議論になってしまうため、順番は先に第5の方が望ましいのではないかと考えています。

（座長） 意見書でお出しいただいた意見を確認するご発言を頂きました。ただ今のご発言に関連して、委員の皆さまから何かご意見はありますか。

（○） ○委員の貴重なご意見を拝読して、理念や方向性については、前回から引き続き共感し、その方向を目指していくべきという点は共有できていると理解しているのですが、議論の順番については、現段階では抜本的に変えていくことまで視野に入れつつ、論点となるところを出していこうというところに主眼があるのではないかと考えています。その意味では、現在もう資料も組んであるので、第4を議論しつつ、影響を受け得る第5との関係で特に注意すべき点があれば、それに絡めて発言や整理をしていくということではないかと考えますが、いかがでしょうか。

（座長） 他の委員の皆さまから特段のご発言はございませんか。順番のことであまりたくさん時間を取って、中味に進むことが遅れることも効率が良くないと考えますが、どうでしょうか。

（○） 個人的には議論の順番にあまりこだわりはありませんが、座長がおっしゃったよ

うに、ここで議論を止めているのは時間がもったいないということがあります。第4と第5は、最終的な制度設計を考えた場合に、どちらから議論を始めたところで、お互い参照しながらの議論になると思うので、資料どおり順に第4、第5で議論して、必要な部分で○委員にご意見を頂戴する方が落ち着きがいいのではないかと考えます。

(座長) あらためて考えますと、第4を初めに議論するか、第5を初めに議論するかという論点について、正解はないと感じます。第4から始めたときの議論のしにくさと、第5から始めたときの議論のしにくさとがそれぞれあり、結局、賢い議論の進め方は、第4から始めるとしても第5に関連したご発言をどうぞ併せてなさってくださいというご案内になりますし、第5から議論を始めるとしても、第4のように、一度、超適時の後見を考えてみるとどうなるかということが視野にないと議論が進まないという側面もあります。そのようなことから、正解のない問題について、いつまでも議論しているよりは、中味をご議論いただくことが良いと考えます。各委員からお話しいただいたことはそれぞれごもっともなことでありと受け止めます。研究会資料に掲げられている第4についてのご議論をお願いし、その際、第5についてご議論いただくことを妨げないという扱いとし、同じように、第5をご議論いただくときに、さかのぼって第4に関連するお話を頂くことも妨げない、大いに歓迎するというところで進行いたします。

議事の中味に入ります。本日は研究会資料のうち、前回至らなかった第4と第5について審議をお願いします。この研究会は3回目の会議を迎え、前回から内容にわたるご議論をお願いしていますが、いよいよ佳境に入ってきました。これから中身に関わる議論をさらにお願ひするに当たり、私から委員の皆さまに二つご案内があります。

一つ目は、キーワードで申せば「洗いざらい」ということです。この研究会において、これから成年後見制度の新しい姿についての検討をお願いします。民法は、法律の性質上、小刻みに改正していくことが叶う法律ではありません。あるときに改正を行い、それで不都合があったため、また1～2年後に改正をするようなことが簡単に許される法律ではなく、国民生活への大変に大きな影響がある法律の改正になります。その検討をするからには、この際、洗いざらい論点を取り上げて検討することが要請されます。そのような気持ちで、これから成年後見制度の新しい姿のご議論をお願いしていくことについて、ぜひ委員の皆さまのご協力をお願いしたいと考えます。

二つ目は、洗いざらいの制度変更を検討していくとしても、その新しい姿、大きな改革の姿がどのようなものかについては、人によって見方、捉え方が必ずしも同じではないと想像します。最終的には一本の法律案にしなければならないため、議論が相当進んできた段階においては、皆さまのご意見の共通する部分を探していかなければなりません。民主主義というものは、人々の意見の共通する部分を探し、発見する営みの積み重ねであるという側面があります。それが最終目標ではありますが、そうは申しても、本日まで議論は始まったばかりです。無理に皆さまのご意見を集約していくのではなく、議論に着手する今日の段階においては、皆さまに闊達にご意見をお出しいただき、その意見の間にさまざまな差異があるところをよく見ていきたいと考えます。

本日出席して審議の様子をご覧いただいている法務省の皆さまも、委員の皆さまのご意見をよく聴き取って、それぞれの委員のご意見がどの辺りにあるか、どのような意見の差

異、分布があるかを見ていくことになります。そのような観点からも、委員の皆さまのご協力をぜひお願いしたいと考えます。

研究会資料2の第4について、法務省から説明を差し上げます。

(法務省) 研究会資料2の10ページをご覧ください。第4は「成年保護特別代理人制度の創設について」です。本人にとって適切な時機に必要な範囲・期間で利用できるようにする方策として、端的に本人の意思能力が欠けた場合において特別代理人を選任する制度を導入することも考えられます。

導入のメリット・デメリットとして考えられることは、資料に記載のとおりです。また、平成11年の民法改正に先立つ時期において、特別代理人類型を設けることの是非について検討された経緯があるため、その資料を(参考1)(参考2)としてお示しております。

次は、14ページの4の「導入する場合の検討事項」についてです。(1)に記載のとおり、要件をどのようにするか検討する必要があります。具体的には、要件として、意思能力を欠く場合に限定するのか、補充性の要件を設けるかなどについてご意見を頂ければ幸いです。

次は、14ページの(2)に記載のとおり、成年保護特別代理人制度を設けるに当たって、本人保護の方策を設けることが考えられますが、本人保護の方策を設けるべきであるか否かや、このような制度を設ける場合、どのような本人保護の方策を設けるかなどについてご意見を頂戴できれば幸いです。

15ページ、(3)「その他の検討すべき事項」については、先ほど(参考1)(参考2)についてご説明したとおり、平成11年の民法改正の際には特別代理人制度を設けることも検討されましたが、その導入が見送られた経緯等も踏まえると、特別代理人制度を設ける必要性や成年後見制度との関係については十分に検討する必要があると考えられるところですが、この点についてもご意見を頂戴できれば幸いです。

(座長) これから委員の皆さまからご意見をお出しいただきます。第4についてのご意見を差し当たりお願いしますが、関連して第5に掲げている事項についてご議論いただくことを妨げません。

(○) 私は成年保護特別代理人制度の導入については、基本的に今のところ賛成の方向で考えています。ただ、具体の細かな内容についてはこれから議論が進んでいくので、どのような形になるかによってまた意見が変わるかもしれませんが、今のところは前向きに捉えていると申し上げた上で、2点、議論の対象になりそうなことを申し上げます。

1点目は、資料では、意思能力を欠く場合に限定するかという要件が出されており、これがまず検討の対象になっているのですが、ここで言っている意思能力の内容と、現行の法定後見制度の要件である事理弁識能力の関係性は一度整理しなければいけないと感じています。これは債権法改正で意思能力の規定を作るときにも、その定義について議論された話と関連するのですが、現行制度とこの新しい仕組みが併存するという案も一つ出ており、その場合、現行制度は事理弁識能力という要件立てになっているので、同様の判断能力についての要件とはいえ、意思能力を事理弁識能力と同視した上での議論なのか、別な

のかを整理した上で議論を進める必要があると思います。それによって必要性なども変わってくると思っています。

2点目は、要件の二つ目として補充性の要件が挙げられていて、この補充性の要件というのは2面に働くのではないかと考えています。こちらで紹介されているのは、例えば日常生活自立支援事業のような他制度との関係における補充性ということかと思いますが、仮に現行制度と併存する形になった場合は、法定後見と任意後見の関係と同じように、成年保護特別代理人制度と現行制度との関係性、つまり成年保護特別代理人制度の方が単純に考えると制約が一見少なそうなので優先的になるのか、それとも完全に現行制度と併存する形になるのか、そのような現行制度との関係における補充性も考慮が必要ではないかと感じました。

(○) まず、この制度の枠組みと制度導入のデメリットについて意見を述べたいと思います。制度の枠組みについては、現行の法定後見制度に適切な時機に必要な範囲・期間で利用する制度を導入せず、そのまま維持し、成年保護特別代理人制度のみを導入するのであれば、これからの利用者は成年後見制度と成年保護特別代理人制度を選択できるのに対し、従前からの利用者は、現在は必要性がなくなっているにもかかわらず利用をやめることができないなど、現行と何も変わらないことになり、適当ではないと考えています。

また、現在の成年後見制度を改善した上で成年保護特別代理人制度を導入するとしても、その対象となる事件をどのように考えるのか、成年後見制度との関係性や位置付けによっても制度の枠組みが異なってくると考えているので、以上を前提にこの意見を述べておきたいと思います。

制度導入のデメリットについては、研究会資料2の11ページで、制度導入のデメリットとして、明確な法的根拠に基づかない親族等による本人の財産の管理を正面から認めることにもなり得ると指摘がされています。しかし、現在でも、一定の法律行為を行う能力を欠いていても、成年後見制度を利用していない状況にある人は多くいて、制度導入によって現行制度と比較して、必ずしも本人保護が徹底されないことになると直ちには言えないように考えています。

また、対象とする特定の法律行為を代理することと、その後の本人の財産管理の在り方については別の議論が必要な問題であると考えているので、制度の導入によって本人の財産管理を本人以外の親族などが行うことを法的に、例えば事務管理などとして根拠付けることにはならないものと考えますし、その必要もなく、むしろそのようなことは制度の濫用の危険性から避けるべきであると考えています。

(○) ○委員からのご指摘に関わる点と、第4と第5の順序につき、○委員ご提出の資料に関わる点について意見を述べたいと思います。

○委員からは、意思能力を欠くことを要件とすることとの関係での問題提起がありました。資料にも指摘がありますが、意思能力の有無をどの時点で評価するのかについては、問題が残るのではないかと感じます。この点に関して二つのことを申し述べます。

第1点は、本人が一時的に意思能力を喪失している場合は、回復を待って自身で法律行為をする方が望ましいと判断されることもあると思います。そうすると、意思能力を欠く

状態がある程度継続していることを要求せざるを得ないのではないのかと感じます。しかし、あくまで現行法の概念に即して申しますと、意思能力は、特定の法律行為をする時点における能力だと考えられていますから、ここでは、意思能力そのものではなく、一定の法律行為との関係での事理弁識能力の程度のようなものに焦点を当てる方が、要件の立て方としては適格的なのかもしれないと感じました。

その上で第2点ですが、仮に事理弁識能力が不十分であることに注目すると、その程度にとどまる限りでは、そもそも本人自身が法律行為をすることができる、あるいは少なくとも任意代理はできるという場面も考えられると想像します。そうすると、特別代理人を選任する要件としても、例えば任意代理によることが本人の心身の状況に照らして困難であるといった事情を考慮することもあり得るのかもしれないと感ずる。これは資料にもある補充性の原則を具体化するところの一環ではないかとも感じています。以上が○委員からご指摘があった点について私が感じたところです。

次に、冒頭での○委員から提出があった資料を巡ってのやりとりと関わって、特定の法律行為に限って代理権を授与するという特別代理人制度の導入そのものは、現行法上の制度をどのように考えるのかということとはまた別に、基本的には選択肢を増やすという類の提案ですから、基本的には、有益になりこそすれ、害となるものではないと感じます。○委員からのご指摘も、この成年保護特別代理人制度の有用性を否定するというご趣旨ではなく、法定後見の新しい制度の構想におおむね包含されるので、それと別に導入する意義は乏しいといったご指摘かと理解しました。

その上で、議論のコンセンサスを確認するという観点から申しますと、成年保護特別代理人制度に対する一つの評価として、法定代理という仕組み自体が不適切だという考え方があり得るのではないかと思います。適切な支援を受ければ、どのような状況でも自ら意思決定をすることができるという考え方からすれば、法定代理は廃止すべきだという行き方も、究極的にはあり得るところかと思われ。もっとも、現状では、このように割り切ることに對しては慎重な意見が多いのではないかと認識しています。

このことを踏まえて、○委員からの意見を拝見いたしますと、二つの点で重要な認識がコンセンサスとして示されていると感じました。一つは、法定代理には、なお一定の有用性があるということ、もう一つは、しかし、法定代理が包括的あるいは恒常的に行使されるものであってはならないということ。そうだとすると、私はいずれの問題提起にも賛同したいと考えます。

加えて、成年保護特別代理人制度の位置付けが成年後見制度全体の設計に関わるということも○委員からご指摘があったとおりに考えます。第5との関連は、特別代理人制度に限らず、個別の論点を検討する際には常に意識しておく必要があると感じます。その点に関しても認識を共有していることを申し添えます。

(座長) ○委員と○委員から意見を頂き、共通に指摘いただいた点も多くあります。成年保護特別代理人なるものを選任する際の要件として、意思能力を欠く場合を一つの題材として議論をお願いしていますが、本人の置かれた現実的状况等を考えると、事理弁識能力を概念として用いる方がふさわしいかもしれないという観点がありました。また、そういった点もさることながら、任意代理によることができない状況にあるといった要件を考

えることも検討していく必要があるし、いずれにしても、どの時点を基準としてこれを判断するかという観点にも配慮が必要であるというお話がありました。

これらのご指摘を頂いた点は、結局のところ、もしこの制度を設けるとすると、成年保護特別代理人を選任する裁判所の裁判に際し、裁判所が何をどのような手順でチェックするかということに裁判実務上は関わってくることになります。そういった課題を意識させるご指摘をただ今頂いていると受け止めました。

(最高裁) 裁判所において何をどのように審理し、判断するのかという問題が一つ重要だというご指摘を頂き、そのとおりだと思っています。その上で気になるところとしては、特別代理人制度がどのような趣旨・目的で設けられるものであるのか、また、後見制度本体の方がどのようになるのかが不確定な状況での議論の難しさということです。本体の制度との関連で、この特別代理人制度をどのような目的で使うのかによって、その要件、裁判所が何を審理・判断しなければいけないかが定まってくるように思いますので、そこをもう少し具体的に議論していただけるとありがたいと強く思っています。

具体的に気になる場所として、例えば特別代理人制度という形で申立てがされたものについて、「いやいや、これは本体の後見制度の方で受けた方がいいものである」という話があるのかなのかという点も一つあるように思っており、そのような観点からもご議論いただけると大変認識が深まるかと思えます。

(座長) ただ今ご提示いただいた観点についても、他の委員の皆さまから、それに留意してご意見をお出しいただきたいと望みます。成年後見制度の類型などがどうなるかが分からないと、成年保護特別代理人の制度の具体的な評価・見定めが決まってくれないという点は、既に各委員からご指摘を頂いているとおります。加えて〇局長から、誰のために、どのような趣旨で設ける制度なのかという視点がはっきりしていなければならないというお話も頂きました。誰のために設けられる、誰のために選任して働く制度であるかといえ、ここにおられる方は本人のために考えられる制度であることが当然の前提ですというお考えかもしれませんが、制度の具体的な設計や、その社会的な説明を丁寧にしていかなければ誤解を招きがち側面もあるかもしれません。

私はあるとき、土地収用・用地買収をしている機関から、「地権者が判断能力を欠く常況にあるお年寄りで、代わりに代理人を選任してもらえれば何かあるといいのだが」という相談を受けたことがあります。「お気持ちは分かるが、そういうものは少なくともここで検討している制度ではない」という話をしたら、「そうですか」ということでした。放っておくと話がそのように変にもつれていく部分が無きにしもあらずなので、注意が要するという点も含まれていたのだと感じます。

(〇) 先ほどからご議論のあった意思能力と事理弁識能力との関係について、一言感じた点を述べます。〇委員等のご意見のように、意思能力という概念を使うよりは事理弁識能力の方が適切ではないかという点については、私もそのように感じた次第ですが、ただ、ここで言う事理弁識能力が、法定後見を使うときの基準としての事理弁識能力と完全に同じものなのかということについて問題提起をしたいと思えます。

事理弁識能力は要するに判断能力のことだと思いますが、個々の法律行為をするときの事理弁識能力として要求されるものと、どの法律行為をするか分からないけれども将来に向けて法定代理人や同意権等を付与しておいた方が安全だという観点から判断する場合の事理弁識能力は、少し判断の仕方が異なるのではないかという気がするからです。

意思能力に関しては、民法の学説上は、法律行為の複雑さ等によってその基準が異なってくるといわれていますが、法定後見の事理弁識能力については、医師の判断で、この程度の判断能力があればという非常に典型的な考察の仕方をしてきたかと思います。

ですので、特別代理人制度のようなものを作る場合には、例えば遺産分割なら遺産分割といった法律行為をしたいのだけれども、そのために必要な判断能力だけが欠けているといった場合に、それを代理人を使って解決することが必要かどうかという観点から裁判所等に判断してもらおうということだとすると、その判断の仕方等についてやはり異なるものになりそうで、これを事理弁識能力という概念でまとめるかどうかはよく分からないのですが、少し区別をして論じる必要があるという気がしました。

(座長) 法定代理権について、今後も現行法のような包括的な法定代理権を考えていくことにするかどうか自体について議論があり得るところであって、検討しなければなりません。○委員からは、時間的にも局時的で、事項の観点からも権限が限られる成年保護特別代理人の制度を考える際の要件は、事理弁識能力と考えるのであれ、意思能力と考えるのであれ、包括的な法定代理権のようなもの考える際の判断の態度とは異なってくるものではないかという観点の指摘を頂きました。

(最高裁) ご指摘のとおり、判断の枠組みや、考慮しなければならないことが随分変わってくるのではないかという印象を受けています。その際に、一体どのような資料に基づいて、どのように判断するのかという具体的なイメージが実は直ちにはなかなかできないところがあります。先ほどのご指摘のようにこれまで鑑定書に基づいて、定性的な判断をしてきたところがあるかと思いますが、個別具体的な法律行為について各別に判断していくことになると、医学的な判断と各別の法律行為で求められる事理弁識能力をどのようにつなぐのかは非常に難しい問題であると思っています。そのような観点も含めて、制度の立て付けについてはご議論いただければと思います。非常に複雑な判断を各別にすることになると、それだけ手続としては重くなる可能性はあると思います。

(座長) 確かに、鑑定書や診断書に医師がチェックマークを付けて、それを見て裁判官が考えるという進め方は、全く放逐されることになるかどうかは分かりませんが、この成年保護特別代理人制度にはひどくなじまない気がします。今回の検討自体が、医学的な判断のみに寄りかかって物事を進めることはよくよく考え直そうという方向に向かっていますが、ここのところはとりわけそのような点についての注意が必要であると感じます。

(○) 詳しくは書かせていただいています。皆さまの意見を聞きながら、実務的な観点から、意見メモには書いていない分の補足をしたいと思っています。われわれが後見人を引き受けるときに、典型的には、この方は相続放棄をしなければいけないから後見人を付け

る、自己破産をする必要があるから後見人を付ける、あるいは交通事故で示談内容は決まったのだけれども保険会社が後見人を付けてくれないと支払い手続きができないから付けるなど、一つの動機、イシューに基づいて、後見の申立てがされることがままあります。

その中には、あくまでそれは申立の動機にすぎず、それ以外の生活全般にわたっても後見人が付いた方が本人の生活に良いというときもありますし、そうではなく本人からすれば余計なものが突然持ち込まれた相続放棄や、知らない土地のことで祖父の相続人らしいから対応しなくてはいけないだけでそれ以外には後見人の必要はないのに、ということもあります。その二つの場合をどのような仕組みで後見制度として受けるのかという話ではないかと思います。

そのときに先ほどから出ているような、相続放棄をするための本人の能力や必要性を判定するのに、全般的な生活上の判断能力を医師から判断を受けた上で、相続放棄だけについて成年保護特別代理人を必要とするかという議論をするのか、それとも相続放棄に限った資料で簡易に判断するのかによって、二つの制度のそれぞれの有用性を感じることができのかもしれないし、裁判所の判断としても、安定性があるのかもしれない。

ただ難しいのは、先ほどから「動機」と言っているように、たまたまそのことがきっかけであるけれども、よく見てみるとこの方は全般的に支援が必要な人であったということもままあり、そのときに〇局長がおっしゃったような別の制度への移行をどうするかという話が当然含まれてきます。

そう考えていくと、私は特定の行為、特定というのは別に一個という意味ではないのですが、それぞれ必要とされている行為について、その人の判断能力に応じて必要な代理権を付けるという一貫した制度を構築して、その中で基本的には担うことによって、今の相続放棄という特定の代理行為について、その方が従来であれば後見類型の方であろうが補助類型の方であろうが、相続放棄の法定代理人を付けた方がいいということであれば付けるという制度にしていくことが、全体的ないろいろなバリエーションを包含することのできる制度としては適切なのではないかと考えています。切り分けることが難しいということですね。

平成9年、10年の研究会の検討の中では、成年保護特別代理人制度を作ることによって、そちらにほとんどの事案が行ってしまうのではないかとということも議論されています。それは、その方が簡易だったり、利用しやすかったりしたときはそちらに集中する、でも、本人の利益を見たら、成年保護特別代理人制度ではない方がよかったというケースはどうなるのだという混乱も危惧しての話だと思います。そのようなこともあるので、事理弁識能力をどうするか議論は別にありますが、事理弁識能力の有無という考え方をそもそも使わずに、特定の代理権を付与するのに必要な判断能力を個別に判断していくということにすれば、要請されているほとんどのことは対応していけることになるのではないかと成年保護特別代理人は不要ではないかと、まずは整理する必要があるのではないかとと思っています。

しかしなお、相続放棄や境界の確定など以外に法定代理人の必要性が本人にないことが明らかな場合については、別の制度があることのメリットはあると思っています。そのような意味では、まずは包含できる一つの制度をしっかりと作っていただいた上で、なお、それとは別のメリットがある制度として、この成年保護特別代理人制度を、訴訟や家事手続

などに限定的に考えるというアプローチがいいのではないかと考えています。

普段の実務では、自己破産や相続放棄だけのために後見人を付けることについては、終わった後は、生活保護をされている方なら普通に生活保護の支援員による支援等で十分賄える、あるいは家族などが周りにいるので相続放棄さえすればその後の支援は十分賄えるというなら、そのためだけに付けばいいということもあると考えています。そのようなことから、やはり本体の枠組みでどのような制度を作るかによって変わってくると思っています。

そのときに、成年保護特別代理人制度は、どのような目的、どのような対象かを明確にして、それに限って使う限定的な制度にすることが大切だと思います。

手続については、対象を誰にするか、補充性をどうするかなどいろいろありますが、それは結局のところ、対象とする行為を限定するか、しないかによって随分変わってくると思います。付随的義務を課すかどうかについても、本当にそれさえ済めば他に代理権付与はいらぬものに限定するのであれば、付随的義務は要らないということになっていくでしょう。そうではなくて、取りあえず動機としての目下必要な法律行為について申し立てるのだとなると、その背後にある生活上の課題をきちんと付随的に見なければいけないということになってしまうので、そこは本体の新しい成年後見制度がどのようになるかによって随分変わってくると思います。

(座長) ○局長からは、成年保護特別代理人の選任の請求を受けた裁判所が、他の制度の適用の可能性を視野に入れてどのような対応をするかという点についても悩んでいかなければならないというお話があり、○委員のお話もそれと通底するところがあるものと承りました。考えていかなければならない課題を明らかにしていただいと受け止めます。

(○) 本当に法律的なことで、私たち素人はなかなか付いていきにくい議論にだんだん入ってきたと感じております。障害のある人たちが成年後見制度の対象となりつつ、必要な部分にだけ代理権を付与する方法という意味では、特別代理人というのも一つの考え方かと思っています。仮に特別代理人が制度化されるのであれば、私たちとしては、その存在はやはり伴走者的な位置付けであっていただきたいと思っています。また、チーム支援をお願いしたいという思いを持っているので、チーム支援の観点からは、法人などが特別代理人となることも一つかと思っています。特別代理人が地域連携ネットワークの一員となって本人の日常を支え、そしてそのときの状態や状況の変化を把握して、必要になったときには専門職による成年後見制度の橋渡しをしていくような運用ができればいいと思っています。

特に代理権と取消権の付与については、本人の暮らしが破綻しないような枠組みが私たちの求めているものですが、暮らしの破綻を回避するという名目で本人の意向を大きく制限するような運用にはしていただきたくないという思いがあります。現行制度でもそうですが、本人にとって何が良いことか、本人にとって何が悪いことかという客観性の担保をすることが必要だと思っています。その判断を本人ができるだけ理解できるような形で本人に伝えるということも考えていただきたいと思っています。

(座長) 民事法制を構築する検討をしている場ですから、法律専門的な話にだんだんな
ってきていますが、ただ今、○委員からは、ここで題材とされている成年保護特別代理人
の制度の特徴をきれいに見抜いてお話しいただくことが叶いました。まさにそのようなこ
とを皆さまに確認しながら、話を進めていこうと考えていたところです。

成年後見制度利用促進基本計画において、適時の成年後見の適用を考えるという方向を
一つのヒントとして考えてほしいということが、閣議で決定された政府の要請であること
を踏まえて、それに応える方策はいろいろ考えられますが、最も徹底した仕方では、いわば
一つの思考実験として、一度、ある事項に特定して、それに限った代理人を選任するとい
う制度を本当に実施するかどうか、あるいはそれのみの制度にしてしまうかどうかは引き
続き考えていくとしても、試みとして考えを巡らせておかなければいけないという観点か
ら、この第4の部分の議論をお願いしています。

この成年保護特別代理人の制度のみを議論しても、最終的な全体の姿は見えてこないの
であり、現在の成年後見制度がどうなっていくかが明らかになっていくことが並行して求
められます。成年保護特別代理人を選任する際に、本人がどう関わるかをどのようなルー
ルにしていくかも重要な観点です。本人の請求がある場合に限り、本人の同意がある場合
に限るなどの要件を考えていくことにすると、まさに伴走者としてこの制度が働くことにな
り、本人が自ら代理人を選ぶ場面で裁判所がお手伝いをしてあげるという色彩が強くな
ってきます。そうではなく、本人の意向もさることながら、もう少し客観的な要件を重視
して選任していくことになると、ややパターンリスティックな色彩の強い制度になってい
くかもしれません。そういった点も注意しながら、これからの議論を進めていくことにな
ります。

(○) 今、議論の中で出てきていた、どの範囲の方を対象にするか、どこまでの範囲で
すればいいのかというのは確かにそのとおりで、必要なときに利用できるのはとてもあり
がたいことではあるのですが、やはりそこが明確になっていないと、利用する側としては、
自分はこれを本当に使えるのだろうかという判断がまずなかなかできないと思いますし、
使いたいと思っても、自分の支援者の方にまず「使いたいだけでも」と相談すると思
うのですが、そのときになかなかうまくニュアンスが伝わらないということも発生してし
まうと思います。ですから、その辺をより明確にしていく議論が必要なのではないかと思
っています。

今は本当にどんどん核心に迫る議論に近づいているので、理解するのも大変ですが、そ
の中でも当事者として、議論全体的というよりは、むしろ制度の説明自体にもつながって
くるかと思うのですが、分かりやすい言葉で、こういう制度なのだよとシンプルに説
明できるようなものになっていくといいと思っています。それを伝えられた側としては、
実際これはどうなのだろうというのを最初にかみ砕くことは難しくても、繰り返し聞くこ
とによって、「もしかしたら自分に使えるかもしれない」とか、逆に支援者の方から教えて
いただくときに、「そういう制度があるなら、このように手伝ってほしいな」というところ
にもつながっていくと思うので、分かりやすい文言をどうしていくかというのも今後の議論
になっていくのではないかと考えています。

特別代理人制度に関しては、あるといいのではないかとはいいつつも、実際にどのよう

な時期に使えるのかなど、自分が今、成年後見を使っていない立場なのでイメージしづらいのですが、実際に支援者が支援している方に伝えるときに、どのように説明したらうまく伝わるのかということも議論としては必要になってくると思います。うまく言葉が紡げなくて申し訳ないのですが、議論を聞いていて思ったことをお伝えしました。

(座長) ○委員の仰せのことは大変よく分かりました。そのお話にも出ていたことではありますが、○委員にお尋ねすると、漢字がたくさん並んでいる、難しい言葉がまた出てきたぞというお叱りを頂くかもしれません。率直なところをお話しいただきたく望みます。

(○) 私が好きな野球で言うと、この特別代理人制度は、ヒットと認めるかどうかはまた議論が要るかと思うのですが、ファウルではなく、範囲には入っていて、方向性としては良いのではないかと考えて聞いていました。

三類型の方はお金を維持していくのに対して、生活のところはやはり必ず両輪で動いていかなければいけないと思うのですが、そこをやっただけの制度の一つとして、もう少し活用できるのではないかと考えています。活用するためのテクニク的なことや制度が難しいので、そこは座長の腕にかかっていると思って期待しています。方向性としては個人的には賛成で、使えるのではないかと考えてずっと聞いていました。ですので、期待しながら、有効なものになっていく。

やはり何かの岐路に立ったときに伴走者は絶対に必要で、誰がこれをやってくれるのかなと思ったとき、特にこのお金の面の伴走は非常にシビアな悩ましい部分なので、そこはやはり法律できちんと固めていただければと思っています。何か少しいい形が見えてきたのかなと、期待感を持って聞かせていただきました。これはテクニク的に落とすのはすごく難しいのだらうと思うのですが、頑張っけて付いていければと思います。感想になりましたが、賛成ということでお聞きいただければと思います。

(座長) 今のお話に共感と異論が一つずつあります。共感は、ファウルではないとおっしゃった点は、引き続きこの第4の話視野に置きながら議論を進めてほしいというお求めであると受け止めました。もちろんヒットが得点に結び付くところまで行くかどうかは、第5の議論などについて皆さまに意見交換をしていただくところを踏まえて、になります。

異論は、私の腕と言っていたいただきましたが、そうではなくて、委員の皆さまの総力で良い制度ができるかどうかが決まっています。○委員も当事者のお一人でいらっしゃいますから、どうぞよろしくをお願いします。

(○) 今日あたりの議論になると、われわれから論点にはまるような意見を申し上げるのはかなりハードルが高く、○委員と同じ感覚です。

この特別代理人の件に関しては、まさにわれわれが必要のところだけ誰かが解決してくれば良いと常に主張していた点から言うと、これでいいのではないかと単純には受け止められがちなのですが、例えば部分的に不具合がある、あるいは古くなって使い勝手が悪くなった、ではオプションでこういうものを付けたら解決するよねという流れには決してなっけてほしくないというのが率直なところです。

今まで 20 年放ったらかしになってきた制度を、せつかくここで大きく変えようとしているのです。住み慣れた地域で、それぞれが自分らしく生きるためのツールとして、この制度がとても大事だと思っています。それが従来大変使い勝手が悪かったということであれば、これまでもいろいろな議論で少しずつ改善されてきていたかと思うのですが、座長や他の委員の皆さまもおっしゃったように、抜本的な改革を強く期待します。抜本的な改革にどんな議論が必要なのか、技術的にどんなものが必要なのかというのは専門的な話になるので私たちは関われないと思っていますが、元々「意思能力を欠く」や「事理弁識能力」などと難しい言葉が出てきていて、前提になっている何とかの常況等とおっしゃっているその意味が、どうも具体的に私の中に落ちてこないのです。すごく抽象的なものにしか聞こえなくて、「それが前提です」と言われて全ての議論が進んでいくと、もうその段階で何となく付いていきづらくなっているというのが正直なところなのです。

的確にどこがどうという指摘はわれわれにはできないのですが、生活者としての視点と、現行の非常に硬直的な制度のそれとは、どうしても温度差があるとも感じています。特別代理人に特化すれば、本人がどう思うか、どう関わられるのかという点が○委員は大事だとおっしゃいましたし、それに関して座長のご質問の中では、そういう形と、後者でおっしゃったようなものという、私どもはどちらかというところと後者に入るのかなと思ったのですが、簡単に答えが出るようなことでもなく、また、私たちも付いていくのに必死で、今まだ議論が始まって 3 回目ですので、これからじっくりと丁寧な議論が重ねられて、本当にドラスティックな改革が起きるような場面であってほしいというのが希望です。ざっくりとした印象というか感想になりますが、今日申し上げられるのはここまでということでご容赦いただきたいと思えます。

(座長) 研究会資料第 4 の話は、一見すると良い制度のように見える、しかしその評価は、差し当たり研究会資料 2 の第 5 の話を聞いてみないと分からないという、ものすごく大事なことを言っていただきましたから、どうぞ引き続きお付き合いいただきたいと望みます。当事者団体の皆さまからのご意見を伺いました。

既に出っていますが、第 5 の話に進むことがよいであろうと感じます。差し当たり第 4 について、ここで議論しておきたいというお話があれば承ります。

(○) 私も○委員が書かれているとおり、実務をしていると、議論の順番は逆だと感じました。特別代理人については、まさにこれを目指していくのだろうと思っていたところがあります。要は、必要なところでしっかりと法的な立場で対応するということです。今までの後見制度は、それが終わってもずっと続いてしまいました。それが後見人という立場でない支援者でも、補充性というところではできないのではないかという議論だったと思っています。誤解を恐れずに言えば、このような形にどうすれば今の制度が近づいていけるのかという、まさに第 5 の議論をしていくことが重要だと思っています。

判断能力の判定については、福祉の分野とは法律的なところがかなり違うとご指摘があるかもしれませんが、意思能力と事理弁識能力の違いが十分理解できていない発言かもしれないのですが、少なくとも第一期計画の中で、医師の診断書が改定され、本人情報シートで、日常生活の状態や、どのような支援を受けながらいろいろなことが理解できるかが

反映されるようになったという点で言うと、この特別代理人という制度が今後の議論の中で進むとしても、医師のみが判断するという形に戻らないような、生活実態を見ながら、支援の在り方を見ながら、本人の能力を出せるような、これはまさに○委員が書かれている意思決定支援ガイドラインのところでも議論してきたところだと思いますし、本当に大きな変革を求められると思うのですが、そのようなものにするために、この特別代理人という制度がどう構築されていく必要があるのか、あるいは制度本体にそれを取り込むのか、そのような議論になるといいなと思いつつ読みました。

(座長) 成年保護特別代理人の選任の要件の場面に限定されないかもしれませんが、当たり前のように民事法制が今まで使い慣れてきた、意思能力の概念、事理弁識能力の概念を、どちらにするかという議論もありますが、要件として入口でチェックに用いること自体の当否も議論されてよいと考えます。前回の会議において、この場面そのものではありませんが、○委員からは精神上の障害、特に障害という言葉を用いた入口の要件の文言のままにいかどうかも考えてみなければいけないというお話があったこととも通ずるものがあります。

社会福祉法の2条3項は「精神上の理由」という言葉を用いていて、社会福祉法制の中ではこの言葉でいろいろな制度が機能していくものと受け止められますから、そのようなことを民事法制においても参考にしていく余地は大いにあると考えるとともに、民事法制の従来の積み重ねを考えたときに、法制的にそれが本当に親しむかどうかは、いろいろな側面からのチェックが必要であって、なお検討の必要はあると感じます。今、○委員がおっしゃった観点に留意していくことにします。

(○) まとまっておらず、しかも今、急いで発言した方がよいかどうかも自信がないのですが、冒頭で洗いざらいというお話もあったので、気になるというレベルのことも含めて、大小5点をお話しします。

1点目は、理念から全く新しい制度を作り上げていくことも、大変とはいえ、もしかするとやりやすいのではないかと感想を持っています。現在、実際にある制度を変えていかなくてはならないので、現在の制度との関係でどう説明するかというところで難しいと感じる点があります。その一番大きいのが、この代理人制度が現行法の後見類型に対応する状況を前提にまずは考えてみるという発想で見たときに、11ページの3「制度導入のデメリット」で議論されている点です。つまり、現行法であれば包括的・継続的な保護機関を付けるという設計になっている場面と重なる場面において、単発の代理人を付ける。なぜかという、実は他の部分の後見人の存在は、ある種過剰といいますか、後見人ではない支援者でもできるとか、実は安心できるしっかりした家族がいて大丈夫なのだというお話で、それは状況としては理解が十分できるのですが、ただ、家族がいるから安心、後見人ではない支援者がやっているから安心だという状態について、現行法の下では、そこでも問題が生じていないのだから、制度を変えたことによって生じる問題ではないという○委員のご指摘そのとおりだと実質論としては思うのですが、そこに問題が生じ得ることはないのかなど想定したときに、その権限などを問題にしなくていいのかという、あえてある程度目をつぶっている、現状に任せている問題があからさまになってしまうところが

難しいと感じています。

それとの関係で思うことは、現状、家族がやっているから安心なのだと言える部分について明確化する何らかの手当を制度として作ることができるのではないかということです。また、外国の何かで、一定程度日常生活で使えるような額については家族ができる仕組みにするなど、さまざまな例があると伺いますので、現行の後見制度で、本人保護と言いながら本人保護になっていなくて不自由な暮らしになってしまうところを個別に対処する制度を何か考えることができないのかというのが1点目です。

2点目と3点目は小さいのですが、この制度は誰のためにどういうものかと考えるときに、本人のためは理念なのですが、やはり取引を望む人、利害関係者からの申立てが、他の場面ではそのような制度を設けている場面も民法にはあったりして、取引を望む利害関係の人をどう考えるか、親族の存在をどう考えるか、そのあたりの趣旨が大事だというのは共感します。

そのこととの関係で、細かいこととして、15ページ(3)のウで、代理人となる者について、親族に限定することが問題提起として出てきているのはどうしてなのだろうという気がしています。つまり、現行法を出発点にしたときに、ここの趣旨はどうかということには気になるところでした。それと関連して、申立人をどのような人として捉えるかは、実は結構大事な点だと思うのが3点目です。

4点目は、ここまではこの制度が現行法の後見類型とある程度対応するというイメージで話してきたのですが、本人がある程度関わりつつ、しかし本人が純粋な任意代理を頼むよりは、裁判所が関わって、法定後見的な、任意代理的な要素を含んだ法定後見といったものとも見る可能性も出たように私は受け止めています。その話は14ページの(1)の2段落目で、保佐・補助でも代理人が付くことがあるという話と関わるのではないかと思います。私の中でクリアなイメージを持っているわけではありませんが、任意と法定が組み合わさったような代理人制度は想定可能ではないか、一応考えてみる可能性はないかということが4点目に感じたところです。

5点目は少し違う話なのですが、本人のことを分かって、安心して地域社会で伴走してくれる支援者が必要というのは、本当にそのとおりで伺っている中で、その伴走者、支援者のイメージだと、過剰介入は困るけれども、少なくとも継続的には関わっていく人ということにもなる気がします。これは第5の話に近づいていくのかもしれませんが、継続的な関与者としての保護機関を立てつつ、しかし現行の後見人は問題が多いので、職務の在り様を抜本的に変えろとか、その後見人の働き方を福祉と抜本的に改革してつなげる在り方のようなものは考えてみてもよいのではないかと思います。

(座長) ご指摘いただいた5点をメモしました。○委員のお話を伺って、想起起こしたことを2点お話しします。1点目は、確かに申立人の範囲をどのようにするか、どのような人にするかについて今日はあまりご議論をお願いすることができませんでした。資料も潤沢に用意していたものではありません。これが大事な論点ではないということではなく、これから制度が定まっていく中で、ここに限らず、申立人の在り方を考えていかなければならないであろうと感じます。利害関係人を含めるかどうか、検察官をどうするか、市町村長をどうするかといったような問題がそれに連なってくるであろうと予想します。

○委員からは、親族の役割をどう見るかという観点を浮き彫りにするようなご意見も頂いたと感じます。身寄りがない人が増えてくるという今後の日本社会を考えると、親族もさることながら、民事の制度と並行して、持続可能な権利擁護支援モデル事業がどのように働いていくかという姿を見定めていくという話にもなってくるであります。それは○委員が繰り返し強調しておられるような、チームで本人を看っていくということとも課題としては関係してきます。さらにそれは○委員に見抜いていただいたように、次の第5のところでも関係するというよりも、第5で本格的にさらに問われなければならない事項であろうと考えられます。以上のことをご案内しておきます。○委員のお話を伺った上で第5に進むことにします。

(○) 第4で、資料に沿って意見を幾つか述べさせていただきます。(2)の本人保護の方策のア「成年保護特別代理人に財産調査義務等を課すか」という点については、課す必要はないと考えています。成年保護特別代理人に財産調査義務等が課されると、法定後見制度に近づいてしまうことになり、本制度の導入のメリットが薄れてしまうように思います。成年保護特別代理人に財産調査義務等を課すのではなく、申立ての段階で成年保護特別代理人を選任することが適当かどうかを裁判所が判断する前提として、本人の財産調査が必要な場合には、裁判所が調査人を選任するなどして行うべきと考えています。

研究会資料2の14ページにあるような、同居の親族が本人の財産を使ってギャンブルに明け暮れるなどしている場合においては、そもそも成年保護特別代理人を選任して、特定の法律問題のみを解決することは適当ではない事例と考えています。

イ「成年後見制度の申立権を付与するか」については、基本的には賛成の立場ですが、義務を課すことについては必要ないものと考えています。また、成年保護特別代理人による代理権行使によって、本人の生活状況が大きく変動する可能性があるような場合には、裁判所の職権で成年後見制度を利用開始できるようにしておくことも考えられますが、いずれにしても、申立ての段階で成年保護特別代理人を選任することが相当かどうかを適切に振り分けることが重要であると考えています。

(3)「その他の検討すべき事項」についても幾つか述べさせていただきます。イの、本人が意思能力を欠く場合の事務関与の在り方としては、代行決定の基本原則にのっとったプロセスを経た上で、成年保護特別代理人を選任すべきと考えています。また、本人に意思能力がある場合にも、選任の要件を広げるとすれば、本人の意思、意向確認の手続は必要的に行うべきと考えていますし、その確認手続は書面によるものだけではなく、調査官による面接調査のような実質的な意思確認の機会を設けるべきと考えています。

ウについて、代理人となる者については、親族に限定したり、優先順位を付けたりする必要はないものと考えています。もちろん親族の中に適当な者がいれば親族を選任する場合もあると考えていますが、成年保護特別代理人が行う代理行為の内容によって、裁判所が事案ごとに最も適当と考える者を選任すべきではないかと考えています。

最後にエで、その他には、成年保護特別代理人選任の申立人について、本人が意思能力を欠く場合の本人や首長による申立ては想定しにくく、申立人をどの範囲とするかを検討する必要があると考えています。また、本制度の利用で、本人の保護に適するケースとはどのようなケースであるかの検討も重要であると考えています。

(座長) 財産調査義務のルールは、ここもそうですが、この後の第5においても、現行のままに本当に課題がないかについて検討する必要があると感じております。司法書士会のみならず、弁護士会や社会福祉士会に対しても、後日に系統的な意見聴取のお願いを差し上げるかもしれません。引き続きご協力方、お願いします。そのようなご意見も承りました。

研究会資料の第5に進みます。法務省から資料の説明をお願いします。

(法務省) 研究会資料2の16ページをご覧ください。第5は「成年後見制度の制度枠組みの見直し」についてです。現行の成年後見制度の見直しについては、さまざま考えられるところで、成年保護特別代理人制度の導入についての検討とも密接に関連するものです。大きな方向性としては、①成年保護特別代理人制度を導入し、基本的に現行の成年後見制度を維持すること、②成年保護特別代理人制度を導入するとともに成年後見制度の見直しもすること、③成年保護特別代理人制度は導入せず、成年後見制度の見直しをすることが考えられます。

19ページの(2)「現在の成年後見制度を前提とする他の制度」です。民事実体法や訴訟手続等に関する法律には、現在の成年後見制度を前提とする制度が設けられている他、多くの法律で現在の成年後見制度に関係する制度が設けられています。成年後見制度の見直しに当たっては、こうした他の制度への影響など国民生活への影響も十分考慮する必要があると考えられるところですので、簡単に整理しています。

主なものとしては、民事実体法に関するものは、成年被後見人であることを時効の完成猶予事由にしていること、受任者が後見開始の審判を受けたことを委任の終了事由としていること、成年被後見人の遺言について特則を定めていることがあります。訴訟手続等に関するものは、民事訴訟では、成年被後見人は法定代理人によらなければ訴訟行為をすることができないとされていることなどが挙げられます。

20ページの3「行為能力制限の見直し」についてです。現行制度においては、後見類型では本人の法律行為は日常品の購入その他日常生活に関する行為を除き、取り消すことができるといった規定があります。このような規定は、本人保護のために設けられた規定ですが、本人の法律行為が将来取り消される可能性が生じることから本人の自己決定に対する制約という側面があり、定型的に行為能力を制限することから、制限する必要のない事項についてまで行為能力制限がされている場合があるとも考えられるところであり、その見直しについて検討しています。

考えられる制度設計は、20ページの(2)以下で整理しています。大きく申しますと、①現行制度を維持すること、②現行制度を基本的に維持した上で、取消権の行使に制限を設けること、③現行制度を基本的に維持した上で、保佐人の取消権の対象事由を限定すること、④本人の意思に基づかない行為能力制限を撤廃することが考えられるところですが、これらの点についてご意見を頂戴できれば幸いです。

22ページの4は「代理権付与の見直し」についてです。現行制度の後見類型では、成年後見人が本人の財産に関する法律行為全般について包括的な代理権を有していますが、後見類型における成年後見人の包括的な代理権については、第三者がした法律行為の効果が

有利・不利にかかわらず本人に帰属する点から、本人の自己決定に対する制約という側面があると考えられることや、成年後見人による濫用の危険性があるとも考えられるため、その見直しについて検討しています。

考えられる制度設計は、22 ページの (2) 以下で整理しています。大きく申しますと、①現行制度を維持すること、②現行制度を基本的に維持した上で、代理権行使に制限を設けること、③成年後見人への包括的な代理権の付与を撤廃することが考えられるところですが、これらの点についてご意見を頂ければ幸いです。

最後に 23 ページの 5「各類型の整理・見直し」についてです。大きな方向性としては、第 4 の成年保護特別代理人の在り方や複数選任の在り方なども踏まえる必要がありますが、①現在の三類型を維持すること、②現在の三類型を維持した上で、各類型を柔軟に利用できるようにすること、③現在の三類型を見直し、二類型（後見類型と補助類型のみ）とすること、④一元的制度（補助類型のみ）にすることといった枠組みを想定することができるところですが、これらの点についてご意見を頂戴できれば幸いです。

(座長) ご案内差し上げたように、後見・保佐・補助の類型の見直しが中心ではありませんが、それにとどまらず、包括的な代理権が今後もこれでよいか、行為能力制限の制度を今後どう考えるかなど、併せて重要な点についてのお尋ねも含まれています。これらの事項についてご意見を承ります。

(○) これについても意見メモを出しているのですが詳しくはそれによりますが、今回のこの研究会の発足自体が、第二期基本計画で示されている、意思決定支援を中心とした地域福祉における権利擁護支援のシステムにふさわしい成年後見制度はどうあるべきかというところが出発点であると思っています。2000 年の改正時の状況については、今回の資料の中に詳しく、類型論についても、成年保護特別代理人を認めるかのところでも出てきますが、当時の議論としては、まさにそのような保護を必要とする人については、代理権を包括的に付与することによって、その人を保護することが最も適当な政策的な判断であるというところから出発していたと思います。それがこの 20 年余りの中で、それが過剰であったり、本人のニーズにマッチしない点が出てきたことが実務的な積み重ねの中で明らかになってきて、今回、意思決定支援を中心とした制度枠組みの中で、必要な範囲で代理権行使を図っていこうと、いわば政策的な転換を図るのだろうと思っています。

そのような観点から、今の制度を一から作り直した方が良いといった枠組みで考えていくことが、第 5 の議論の出発点であって、現行制度をどのように組み合わせていくかという議論ではない、という確認がとても大事ではないかと思っています。

その上で、実際にこれまでの保佐や補助の具体的な実践の中で、ご本人の判断能力を考慮しつつ、本人に必要な代理権は何かという実践は積み重なってきています。幸いにも年々、補助・保佐、特に保佐の選任割合が増えてきており、保佐でも昔は目録全部の代理権を付けることが流行っていたのですが、今は本当に本人の生活上でこの代理権は必要かということ、本人の意向調査や、その前の申立人の調査の中で見極めるようになってきています。その発想を持てば、決して全く新しい発想から出発するものではなく、後見類型と今までしてきた方々についても、同様な思考過程で代理権を付与していくことが可能だとい

うことは、既に実務的な経験の中から一定見えてきているものだと思っています。

従って、先ほどから意思能力や事理弁識能力をどうするかという議論がありますが、私はもう一步超える必要があると思っています。つまり、従来の意思能力あるいは事理弁識能力も、分かりやすい契約内容と難しい契約内容では相対的に評価するという意味ではそうですが、さらに超えて、この代理権を必要とするかの判断において、本人の判断能力や精神上的障害がどのように関わっているかという、必要性の考慮要素の中に放り込んでしまえばいいのであって、この人が判断能力がない人、これぐらいの判断能力がある人といった人単位での認定をする必要がない制度にしていけばいいと思っています。

そうすることによって、本人ができることはできるだけしてもらいつつ、本当に必要なところについて法的な観点から代理権を付けるという制度として作っていきますし、その道筋をはっきりさせることによって、関連する諸制度もどちらに向けていくかが決まるのだろうと思っています。この共通認識が図れるかがまずは重要だと思っています。

その上で、具体的な制度設計については、そういった観点からすれば、行為能力の制限や包括的な代理権は、本人の具体的な必要性とは無関係に、抽象的に本人がこういう判断能力である以上は全部について必要なのではないかという 2000 年の段階で思っていた保護的な観点から判断していたことを、具体的な必要性に落として、判断能力はそうかもしれないけれども、この行為について必要なかということまでしっかり審査することによって制度を変えていくことが必要で、そのような意味で行為能力の制限や包括的・類型的な制度は撤廃して、具体的な必要性を積み上げていく制度が望ましいと思っています。

そのときに裁判所の負担等を考えたときに、全てを個別に審査していくことができるのかという懸念はあると思いますが、先ほど述べたように、保佐の代理権の設定の実践のところをさらに具体的に工夫して、類型化していくことによって実務的な対応はできると思います。今、ここで言った類型化というのは決して行為の必要性の類型化ではなく、審査の類型化、実務の類型化という意味での類型化が可能だと思いますので、そのような点で十分にクリアできますし、その負担を理由にして、抽象的な類型的なものの方がやりやすいということが優先することにはならないのではないかと考えて今回の意見メモを作っています。ぜひそのような観点で議論していただきたいと思いますし、意思能力や事理弁識能力についても、それを一步超えた別の認定をするにすぎないのだという整理もぜひしていただきたいと思います。

(座長) 現行の成年後見制度が作られたのは 1999 年秋の臨時国会でしたが、それから 20 年を超える月日が経過しており、いつも私は、1999 年体制はくたびれている、制度疲労を起こしていると申し上げています。これを洗いざらい見直さなければいけないということは、今、○委員からも力強く励ましを送っていただいたとおりです。

また、○委員のお話の中には、障害者の権利に関する条約、とりわけその 12 条に照らし、わが国の成年後見制度について、これからどのような国際的な対話、理解を求めていくかという観点を意識させるお話も含まれていたと感じます。

(○) ○委員とほとんど同じ考えを持っているのですが、実務をしている中で、例えば虐待を受けている方を受任することがあり、その方の判断能力の問題ではなく、環境やそ

の状態に応じて意思が分かりづらい場合は、どの代理権がということを本人次第で考えるのは非常に難しいケースが実際あると思っています。

そういった場合に、類型で分けて、後見だから包括的な代理権という考え方ではなく、必要性で考える。例えば補助相当の方であったとしても、状況によってはかなり大きな保護的な対応をしなければ本人の権利擁護が難しい場面もあると思うのです。ただ、それは本人側の能力の問題という捉え方ではなく、状況と必要性で考える。なおかつ障害者権利条約の考えで言えば、それは必要最小限であるべきであるし、短い期間であるべきである。そういった例外的な包括的な代理権が必要だということもないとは言えないと思っています。ただ、それをこれまでの制度のように、後見という類型で包括的に代理権を後見人に与えるという考え方ではなく、そのような類型による判断ではないところをぜひこの研究会の中で議論していただきたいと思っています。

(座長) 今、能力ではなく状況である、と、たくさん「状況」というワードをお使いになるご発言を頂きました。明治民法の規定の中に、「状況」という言葉が出てきます。「精神上または身体上の状況により財産を管理することができない」という文脈です(民法旧規定975条1項2号)。明治の人の言葉遣いは、このようにおおらかな言葉遣いをする場面と、今日ではとても言葉にできないような差別表現が平気で用いられているところと、非常に対照的で、明治の時代が持っている複雑な顔を思わせますが、今、○委員が「状況、状況」とおっしゃっているところを伺っていて過去の法制にみられた表現を想起しました。

(○) 今ずっとご議論を伺っていて、本人の意思を尊重することと、意思決定支援の重要性ということはまさにそのとおりだと強く感じています。その上で何点か気になったことを申し上げたいと思います。○委員から、現在の制度の下で、後見を申し立てるケースとして、遺産分割や相続放棄の場面があるという具体例を挙げていただいたのですが、そういった場面で、現在の時点で法律の条文を使うとすれば後見が必要だというのは、もしもそこで後見制度を使わずに放棄や遺産分割をした場合に、後で意思能力がなかったとなれば、放棄自体あるいは遺産分割が無効になるということが伴います。それは、本人の意思の尊重ということももちろんそうですが、相続の場面では、他の相続人の権利、遺産分割の安定性とそれに基づいた取引の安全などがどうしても関わってくるので、本人の意思の尊重と同時に、関係する相続人の間において死者(被相続人)の財貨の帰属をどう安定的につないでいくかということがやはり大きい、そのような場面であると感じています。

先ほど行為の類型によるべきものではないというお話もあったのですが、やはり一定の類型については何らかの対応が必要であって、特に現在は13条の保佐の場合でも、相続の放棄、遺産分割が6号で、保佐人の同意が要る行為に挙がっています。そのような場面について、本人の行為能力の問題とは別に相続制度の観点などを考えたとき、何らかの対応は考えておく必要があるのではないかという気はしています。

次に、能力制度として、取消権についてはどうかというお話が先ほど法務省のご説明でもありました。本人の意思を尊重しなければいけないのに、保佐や成年後見類型にはまってしまうと、本人のした行為が当然のように取り消されてしまうという状況自体に一定の

問題性があるのかもしれないということなのですが、例えば第2回資料の29ページに、ドイツの同意権留保の制度が挙げられています。結果としては当時の改正のときには日本では取消権でいくと決断されたのですが、制度の見方からすれば、同意権留保の制度と取消権の制度はやはり視点が違うもので、場合によっては取消権ではなく同意権の留保という形で現在の制度を手直ししていく、修正していくといったことも考えられるのではないかと思います。

最後に、後見人の包括的な代理権について、現在は未成年後見と成年後見が同じ章に規定されています。未成年後見の場合は親権と同じように、包括的な代理権というニーズについて一定程度説明がつくし、必要だと考えていますが、民法は成年後見人にも同様に包括的な代理権を859条で与えています。この機会にここまで話を広げていかどうか分かりませんが、場合によっては、この後見の規定自体について、未成年後見と成年後見を切り離して、成年後見にふさわしい管理や代表ということを視野に入れながら議論していてもいいのではないかと思います。

(○) 包括的な代理権の問題性と取消権の問題性がどのように違うのかという観点から、とりわけ取消権についての質問です。○委員に実務的なところでの状況をご教示いただきたいという質問になるかもしれません。というのは、私は現在の制度の改正のときに既に研究の道に入っていたこともあって、そのときの理解や印象が大きいかもしれませんが、まさにそのような背景を持って議論を見たときに、とりわけ消費者被害を心配するような観点からは、任意後見契約と法定後見の類型を比べたときに、任意後見は代理権しかなく、まさに被害的な取引があったときに取り消せないのが、保護に不十分なのだというような議論が一時期あったような記憶があります。

被害を防ぐ意味では取消権は有用だという見方も一方ではあり得るのだと思うのですが、そのような観点から見たときに、取消権は過剰であって、それがなくても適切な本人の生活が実現できる、あるいはない方ができるということを指向していく際の価値判断や現状認識として、○委員も意見の中で触れられている消費者保護法制の発達によって、かつて懸念されたようなことは、今日では消費者保護法制による個別の取消権等によって守られる状況になっているのかどうか、あるいは、むしろ消費者保護法制で手当てしていく方が適当なのかという点について、ご教示いただければと思います。

また、ご意見の中で、かえって銀行取引などの法律行為が認められない弊害が多いと書いてあり、これも今、私が気にしていることと裏表なのだと思います。類型に入っている方は取り消されてしまうから被害に遭いにくいという面もあるのではないかと考えています。しかし、銀行取引から疎外されることは、そのような被害から守られるかもしれないメリットを上回る不都合があるのか、補足的に教えていただければありがたいです。

(座長) 今、2人の委員から頂いたご発言を顧みると、○委員から重要なお指摘を幾つか頂いたうち、法制面から引き続ききちんと留意しておかなければいけない重要な観点は、未成年後見と成年後見の規定が現在、混在していることです。恐らくこの研究会で始めた議論の趨勢が今のような方向で進んでいくと、法制的にこの混在の姿を今後とも維持していくのはかなり難しくなってくる。○委員にも見抜いていただいたとおり、そういうこと

であろうと考えます。

法文を作る段になると手数を要する作業になりますから、法務省の皆さまにはそのときを想像して覚悟していただかなければいけないかもしれませんが、そこは面倒だからやらないことにするというわけにもいかない作業ですから、そのようなことは考えていかなければいけないと感じます。

○委員からお話いただいた点は、前半は○委員に対するご質問という性格を持っていると思います。後段の銀行の関係は、もし○委員からも知見があれば承りたいと考えます。

(○) 実務的な状況ですが、同意権・取消権を後見人や保佐人がどの程度行使したかということは統計上の資料は全くありませんし、裁判所でも統計的に取ることは困難な問題です。そこで実務的な感覚になるのですが、一つの理由としては、悪徳消費者被害等を念頭に置くと、取消しをしても、相手方が既に行っていない、あるいは回収できないということがあり、取消権によって救済することが実際には難しいということがあります。

それから、将来、悪徳被害に遭わないためにということと言うと、後見人や保佐人が付いているからといって悪徳業者が退散するというような実証的な研究はなく、むしろそういったものが付くことに付随して、地域の見守りや家族の目、後見人の目も光ることによって本人が悪徳被害に遭いにくい見守りの状況ができることで一定の防止ができます。そのようなことと言うと、後見人や保佐人がつく必要は必ずしもなく、地域の中で、見守りをしてくれて、誰かが来たときは「何をしていますのですか」とすぐにヘルパーさんが対応してくれたりしてクーリング・オフ期間中に十分に対応できるようになっていたり、何かあったときには消費者センターにつないでくれたりすることによって、20年前に比べると消費者被害にかなり対応できているのではないかと思います。

ただ、消費者保護法制が20年前に比べて格段に進歩したかということ、残念ながらそうではなく、各種の取消権が消費者契約法やその他に定められるようになってきてはいますが、立証上の課題もありますし、実際の救済に十分つながるほど消費者保護法制が完備されているということではありません。団体訴権などがさらに活用されることによって業者を規制したり、イギリスのように強力な警察権限を消費者庁が持って取り締まったりするなどの点がないと、抜本的なものになっていかないのではないかと思います。イギリスが意思決定支援法に転換したのと両輪のようにして、強力な権限を消費者行政に与えたことは一つの教訓であると思っています。

あとは全く違う観点ですが、実務的に言うとは、取消権を行使するよりは取消権に至る前に騙されないようにしようということもありますし、本人からすると、本人の意思でやはり買いたい、やりたいということはあるわけです。客観的に見れば取り消した方がいいと思ったとしても、本人に失敗を覚えてもらったり、これ以上使ったら家計が回らなくなることを分かってもらったりしながら、徐々に覚えてもらうという実践の方が重要です。特に障害者の方にとっては重要です。そのようなことから言っても、取消権行使はできるだけ行使しないで対応することが専門職後見人の間では相当定着してきているのではないかと思います。

ただ、意見メモにも書いたように、本人が相当パワフルな方で、取消権行使をしてでも止めないと、今日の生活の糧さえなくなってしまうような行動をするケースは稀にありま

す。ずっとではないにしても、ある一時期そのような時期が来る方もあるので、そういう場合に本人の意思に反してでも保護を図るために一定の同意権・取消権が必要な事案は、数は少ないと思いますが、あるとは思いますが。そういう事案のために取消権を一切なくしていいかということはあるとは思っていますが、それは、保佐だから民法 13 条の全てとか、後見だから法律行為の全てという話ではなく、そういう事案は申立ての段階で必要性が分かるので、その段階で個別に取消権を設定するという制度設計で十分に対応できるかと考えています。

銀行については、結局民法 13 条 1 号の同意権・取消権があるために、いくら被保佐人本人が自分でお金をを出したいと言ってきても、後で保佐人が取り消すことを心配して銀行は取引に応じないのです。銀行取引についても本人の法的能力はあるといくら説明しても、後で保佐人が何を言うてくるか分からないということで本人の取引は認めないということが金融では一般的扱いになっています。先般も保佐人が自分で使える口座と、ご本人が使える口座を分けて使えるようにしたらどうかということを全国銀行協会等でご検討いただいています。そこでも後で保佐人が本人の預貯金取引を取り消すとなったら困るということが制度設計の一つの障害になっています。そのような影響があるので、金融取引でも同意権・取消権は本当に必要な方に限定して設定することによって、多くの方の支障が解決するのではないかと考えています。

(○) 私は消費者契約法の改正等の研究会に消費者庁の方で参加した経験から申しますと、高齢者の消費者保護については、やはりかなり課題が多いという気がします。若年者の消費者保護の方が、むしろだんだん進んできたという印象はあるのですが、高齢者の場合は、年齢で一律に判断できるような部分がかかなり少なく、そうすると事業者の側は、相手方の取引能力、判断能力について判断することが非常に難しいという状況があります。

悪徳業者についてはもちろん問題なのですが、悪徳業者とは言えないような業者にも消費者契約法は適用があり、そうした業者が取引相手が高齢者の場合に、その人の判断能力を調査してから取引をする義務を結局のところ実質的に課すことになるのではないかとこの点が非常にネックになります。判断能力を見極めないと取引ができないような法制度になってしまうと、それは取引の安全等との関係で問題をはらむという指摘があり、消費者契約法で高齢者の消費者保護を完全にカバーすることはかなり難しいと思います。類型的な取引制限という制度が持つデメリットがもちろん大きいことは重々承知の上で、メリットは、その類型に当てはまる人はこの取引はしてはいけないということが相手方には分かるということです。その点は本人の保護であると同時に、相手方の取引の安全も保護しているということで、これを消費者法制の方で完全にカバーすることはかなり難しいという実態はあるかと思っています。私の考えというよりは一般的な話になるかもしれません。

(○) 実情も法制面での評価も一定程度よく分かりました。丁寧に教えてくださってありがとうございました。

(座長) ○委員のお話にあった取引の相手方の立場というのは、実は全く異なる領域のように見えても、○委員がおっしゃった、遺産分割に参加した本人の他の相続人との関係

における法的安定性への留意という問題と構図的には同じことですね。この後、ここで議論するときには本人を保護する成年後見制度ということでよいですが、国の審議会で本格的な法制の構築をしていくときには、各界の代表などの取引の相手方になる人たちからもさまざまな意見をもらいながら提案をまとめていかなければいけませんから、ここで検討している私たちも、いろいろな方面からの問題提起に答えることができるような観点の議論を深めていくことについて、引き続き委員の皆さまにご協力をお願いしたいと考えます。

(○) 約10年前に、社会福祉士会の中で、補助類型・保佐類型の方の代理権・取消権の行使状況を調査・研究したことがあったので報告します。特に取消権については結局ほとんど行使していないという実態が分かりました。社会福祉士の特性はあったと思いますが、取消権の行使は数パーセントで、代理権の行使はそれなりにはあったのですが半分もしていません。それではどのようなやり方をしているかという、権限行使ではなく、支援者や本人と一緒に方策を考えていました。なぜ使わないかについては、特に取消権については、取消権を行使すると本人と関係性を構築することが難しくなる、本人がやったことを取り消すのはなかなかハードルが高いということです。では、どうやって被害などを防いでいるかという、権限があるから被害を受けないのではなく、ちょっとした失敗をしてしまったり、本人自身が失敗したなど思ったりして、そこで連携がうまく取れるようになったという記述が、約10年前で、社会福祉士会のなかの母数の少ない調査ではありますが、実施しました。そこからやはり意思決定支援がとても重要になってくるということで、会としても調査・研究を進めてきていたという実態がありました。

(座長) 類似の研究がないところですから、大変に参考になります。

(○) また抽象的な話に戻ってしまって恐縮ですが、3点考えを申し上げます。この制限行為能力者制度と法定代理権制度について、どのような形で今後考えるかということですが、結局、現在の制限行為能力者制度や法定代理権制度の社会的な機能を考えた上で、どこまでを法定後見の形で残さざるを得ないのかという視点が入ってくるのではないかと思います。

先ほど○委員や○委員からも関連するご発言がありましたが、難しいのは、社会的な変数が実は多いことです。現状なら少なくとも現行の法体系をある程度前提にして、つまり、現在の消費者法の規制などをある程度は前提にした上で議論をせざるを得ないというところと、ただ、それだけで議論してしまうと、結局今とあまり変わり映えない形に落ち着くリスクもあって、そのあたりの調整をどのような形で考えていくのがポイントになると思っています。

一つだけ例を挙げると、例えば制限行為能力者制度で言うと、成年後見類型の場合は、基本的に本人が単独で重要な法律行為を行うことは現実には難しいというか、例えば不動産売買などを本人が単独で行ったという外形があるとすると、それはかなり怪しい、実は相手方に騙されているというケースの方が多いような気がします。理論的にも全てのケースとは言いませんが、現行法制での意思無能力無効の主張によって大半は代替可能ではないかと考えます。

先ほどの○委員の話にもあったのですが、リーガルサポートでも、取消権行使の実態調査をしたことがあり、そのときも同じような結論が出ています。成年後見類型では実はほとんど取消権は使われておらず、少ない例としてあるのは保佐と補助です。つまり本人自身が単独で一定の契約を行うことは保佐や補助のケースに実際多く、取消しを事後的にするニーズも実はその類型が高いのです。韓国でも同じような調査があつて同様の傾向が出ています。そのような意味では、成年後見類型が一番取消しの対象としてイメージが持ちやすいのですが、そうではないということも確認しておく必要があると思います。

もう一つ難しいのが、取消権であれ代理権であれ、本人の支援拒否の事案が多々あると思うのです。その支援拒否の事案のときに、現行制度だと成年後見類型と保佐類型は、少なくとも本人の支援拒否があつたとしても、良しあしは別として発動が可能で、結果的に本人の保護を図れる場合もある。他方、補助類型については、発動自体に本人の同意が少なくともないと発動できないということで、明確な支援拒否があると関与がそもそもできない。ただ、悩ましいのは、その支援拒否があるケースにおいて、かつ能力が補助相当で、実は消費者保護法制プラスαの法的保護が必要な場面がないわけでもなさそうであることで、このあたりをどのように整理するかが課題かと思えます。

最後に、これは○委員の話を引き取って、さらに法務省に怒られるかもしれませんが、未成年後見との構造的な分離をしていった場合、理論的には成年後見制度を親族編から出して、総則編へ移動するということが理論的には可能かと思えます。とても大きな話になるので、こだわらざるつもりはないのですが、最終的にはそのような編別に関わるような議論も視野に入り得ると感じました。

(座長) ○委員がおっしゃった民法の体系に関わる議論は、少なくとも民法の研究者の間では特に奇怪な議論ではなく、見方によっては常識に近いものです。今の日本の民法の体系は人の法を知らない、成年後見制度は第4編に置かないで第1編に置いて、正面から人一般の在り方を受け止める法制として体系編成しようという議論は、繰り返し有力に主張されています。今、それを念押ししていただきました。

法務省に叱られないかとおっしゃいましたが、叱りはしないとしても、極めて憂鬱なテーマでありまして、私は研究者個人としては、それがきれいであると考えていますが、法制的にそれをするとなつたときの手数を考えると、かなりの勇気が要ります。引き続きご意見を承ります。

(○) 資料に沿って意見を述べます。3「行為能力制限の見直し」の(2)「考えられる制度設計」について、この行為能力制限に関する規定を見直すことについては必要だと考えています。ただ、あらかじめ本人が同意していることが前提となる補助類型については、研究会資料2の20ページで指摘されていると思いますが、基本的には問題ないと考えています。

また、制度設計として取消権を行使する前に、本人の意向の確認を必要としたり、本人が取消権の行使に同意しない場合の代替規定を置いたりすることで、一定の制約を設けることが考えられますが、次々販売や過量販売など悪徳商法による消費者被害がなくなっているわけではないことを考えると、本人の法律行為を取り消すことができる制度は維持す

べきと考えています。その他、保佐類型を維持するのであれば、民法第13条第1項各号の事由については見直す必要があるのではないかと考えます。

次に、4「代理権付与の見直し」の(2)「考えられる方策」についてですが、成年後見人の包括的な代理権を見直すことについては必要であると考えています。ただし、あらかじめ本人が同意していることが前提となる保佐、補助類型については、研究会資料2の22ページで指摘されているとおり、基本的に問題ないと考えています。成年後見人に包括的な代理権を付与するのではなく、利用開始時において必要な代理権のみを付与し、その後は必要に応じて代理権付与の申立てを行い、その時点における本人の状況や判断能力の程度などを踏まえた上で、必要に応じて代理権を付与していくことを検討していく必要があるのではないかと考えています。

最後に、5「各類型の整理・見直し」については、法定後見制度全体を貫く要件として、必要性・補充性の原則を徹底するのであれば、類型を補助類型に一元化するという枠組みにするのが分かりやすいとは考えます。一方で、本人が意思能力を欠いているため、裁判所の判断によって代理権や取消権を付与する場合と、意思決定支援により十分に意思を確認でき、本人の同意の下で代理権や取消権を付与される場合とでは明確な違いがあり、これを同一の類型として扱うことには慎重な検討が必要だとも考えますので、この場合においては、後見と補助の二類型化するという枠組みにするのが分かりやすく、利用しやすい制度になるのではないかと考えられます。仮に三類型を維持するとしても、必要最小限の行為能力制限となるよう、補助開始の申立てを前置するなどして、制度的に担保することなども考えられると思っています。

(座長) 恐らくバックアップチームの先生方の中で多様な意見が出て、論点によってはきっと意見が分かれたのですね。それを今、会長が大変苦勞して、まとめてご発言していただいた様子が手に取るように分かりました。原稿を準備して、バックアップチームのご議論を積み上げてきていただいて、大変ご苦勞さまで。ありがとうございます。

(最高裁) 最初に裁判所の負担という観点から制度を考えるべきではないというご指摘がありました。裁判所として、こういう制度では大変であるから、楽ができるような制度をとということを申し上げるつもりは全くないということは是非申し上げておきたいと思えます。ただし、審理・判断が迅速にできるかどうか、それから当事者の方にとって予測可能性があるかどうか、判断が安定的にできるかどうか、そのような観点から、要件が具体的・客観的であること、また裁判所が審理・判断する上で必要な情報が的確に頂けるような仕組みについて考えていただくことは非常に重要だと思っています。

先ほどのご議論の中で、例えば必要性の判断をきちんとするべきであるというご指摘もありました。家裁の判断は、一般的、実質的な要件について、かなり広い裁量性を前提として判断するということにならざるを得ない面が確かにあります。

ただし、やはり枠組みはできる限り客観的に整理されていることが先ほど申し上げたような観点から重要であると思っています。例えば必要性と言うと、それぞれが考える必要性はいろいろな幅があり得ます。そのような意味で、裁判所の判断の安定性・予測可能性という観点からしても、この必要性をどのように考えるのかをさらに具体的に整理して議

論いただくことは大変重要ではないかと思っています。先ほど実務の蓄積があるのでというご指摘を頂いたところですが、それをぜひこの機会に、法律にどのような形で盛り込めるかというところはあるものの、さらに具体的に議論していただきたいと希望しています。

もう1点、仕組みの方ですが、そもそも成年後見の利用促進の取組の大前提として、やはり裁判所が得意な分野と得意でない分野があり、特に福祉的な観点からの問題については、裁判所のみではなかなか的確な判断が難しいので、そこをチームとして支える仕組みとともに、より地に足の着いた全般的な情報が裁判所にも連携の中でもたらされるようにすべきという観点があったと考えています。そのような意味では、先ほど来、裁判所が的確に判断して、例えば財産調査が必要かどうかという点も見極めるといようなご指摘も頂いていますが、その前提として、どのような情報をどのような形で裁判所に頂けるような仕組みになるかということ併せて考えていただきたいと願っています。

それから、少し視点が違うところで、仕組みに関連するかもしれませんが、三類型に関しては、先ほど来申し上げている分かりやすさ、当事者にとっての利用しやすさという観点からしても、一定のメニューがあることはやりやすさにつながるかもしれないと思います。併せて、実質的にやりたいことがあるとして、それをどのような形で実現するかというのは、いろいろなやり方があるようにも思っております。そのような意味では、例えば実質的な要件を直に判断する仕組みでいくのか、後見の適時運用というやり方についても、個人的に適時運用についてイメージをしていたのは、最初に制度を利用される際には、基本的には、現行制度下で行われているような、後見人就任直後に本人についての課題等を調査し、その課題を整理し、財産状況を確認し、一定の方向性を見いだすという作業を最初の時点ではやる。その後、最初の課題が解決したら、いったんは福祉行政の世界にお返しして、さらにまた必要が生じたときに後見制度の方に来ていただくというような仕組みを作ることも考えられる。

そのような工夫をどのようにするかというときに、必要性自体を判断することにするのか、一定期間が経過したときにはいったん終わって、それを区切りとして、また新たな状況が生じたときに後見制度の方に持ってきていただくのか、その辺の立て付けは、いろいろやり方がある、どのやり方が一番皆さんにとって便利に仕組むことができるのかということも考えることも重要ではないかと思っています。トータルとしてその目的を達するために一番合理的にできる仕組みは何だろうかということをご検討いただければと希望しています。

(座長) 法制を構築していくに当たって、今、整理していただいたように、裁判所が的確・迅速・安定した判断をすることが可能になるような仕組みを考案していく必要があって、これまでの実務の積み重ねを十分に参考にした上で進めていくとともに、それのみではなく、法制上、裁判所がどのような情報をどのような手順で取り上げて検討することが適法で実効的な仕組みになるかを読み取ることができるようなものを作っていくべきではないかと考えます。その点については法務省および厚生労働省が連携して、持続可能な権利擁護支援の成果や、その体制構築とどのように連携させるかという観点を交えて、法制の在り方も考えてほしいと望みますし、それを検討するに当たって、裁判所のご意見も引き続き承っていきたく考えますから、どうぞよろしくお願いいたします。

(○) 私は家裁の実務の負担は非常に重要だと思っています。理想的な制度も実際の実務に具体的に落とせなければ意味がないので、そういった意味で、家裁の負担を考慮しなくていいということではなく、現行のさまざまな取り決めの中で十分にクリアできる見通しがあるのではないかと申し上げているということです。現行制度でも、判断能力の審査についても、本人情報シートや診断書記載内容がどんどん改良されてきていますし、必要性と補充性の審査についても、具体的なシートに落としながら、裁判所が安定的に判断し、また申立てをする側が一定の予測可能なものにしていくという具体的な仕組みづくりが非常に重要だと思っていますので、よろしくお願いします。

(座長) 従来シートで積み上げてきたような実務を参酌し、ということ先ほど私も申し上げたとおりであるとともに、○局長も裁判所が楽をしたいわけではないということ冒頭におっしゃいました。重要なこととして、ここでの検討課題は、運用を支援する法制の構築ですから、法制上それを読み取ることができるような仕組みにしていかなければいけません。○委員からは、法制構築上、参酌するに価する従来の実務の工夫を強調して指摘していただきました。こうした努力の観点をここに顔ぶれの限りのことにしてはならず、今後、長期、安定の仕組みにしていくため、法制上読み取ることができるものにしていかなければいけませんから、これからも皆様のお知恵を頂いていきたいと望みます。

当事者団体の4人の委員の方々にもお話を差し上げます。第5の部分については、従来、成年後見人等の代理権が極めて包括的なものであったところを見直さなければいけないということについて、その方向から多くの委員のご意見があったとともに、関連する課題の指摘もありました。行為能力の制限との関係で、取消権や同意権の機能についての洗い直しも必要であるというお話がありました。恐らくそのような観点を踏まえて後見・保佐・補助という現在の類型について、最終的にどのような整備をしたらいいかということが見定められていくであろうと予想します。

本日のご議論では、類型の組み合わせについてお考えをいただき、パズルのような議論になってしまうといけないと案じていたところですが、委員の皆さまにおかれては大変に慎重なご議論をしていただき、そのようなことに向けての準備の議論としてはそれなりの成果をいただいたものではないかと感じています。

(○) 代理権・取消権の付与の仕方に関連して、23ページの5「各類型の整理・見直し」に書かれていることを読んでいくと、現行制度では、三類型を整理した上で代理権や取消権の付与を定めてあったと思うのです。それにもかかわらず、ここではまたその各類型を柔軟に利用できるやうにうんぬんとあります。柔軟な対応で緩やかにというようなことになっていくと、話が行ったり来たりしているような印象があります。代理権や取消権は本人の様態に応じて個別性が非常に高いと思うので、そのようなところをもう少し丁寧に対応できるように、単に類型を分ける、分けないではなく、お一人お一人の持っているお力に応じたものになっていけばと思います。そもそも何のための取消権なのか、何のための代理権なのかというところを私ももう少ししっかりと勉強し直して、きちんとした意見を述べられたらと感じました。

(座長) 歯がゆいとお感じになるところがあるかもしれませんが、本日ご議論いただいた各論点は相互に関連していますから、丁寧な議論をしようとする、どうしても行ったり来たりになります。行ったり来たりというよりは、今、新しい成年後見制度を目指して、いわば一体の仏像を彫っているような仕事をしています。姿が見えてくるまでにまだ時間がかかります。あちらを彫り込んだり、こちらを彫り込んだりしていますから時間はかかりますが、お付き合いいただければありがたいです。

(○) 本当に仏像を彫っているようで、後ろから見ると分からない感じなのですが、分かりやすさから考えると、類型の表現はやはり抵抗があります。言葉の重要性は大きくて、オール・イン・ワンで、二類型でもいいと思うのですが、何か良い手がないだろうかと思ってずっと聞いていたのですが、ピンとこず、こんな発言しかできていません。その辺もできるように、またわれわれも勉強していきたいと思っています。

先ほど、能力のことが出てきたときに気になったのですが、能力とは本人と環境のずれだと思ふのです。本人と環境のずれが非常に大きいと思います。ずれていなければ別にそこは問題がないのです。家の中では環境と本人のずれがないので、家の中ではできているけれど、外ではできないということがあります。環境とのずれがなければいいのですから、そのずれを修正してうまく調整してくれるとなると、代理人などになってくるのではないかと思います。その辺をもう少しクリアな形にして、皆さんにお伝えできて、柔軟性のあるものにしていただければいいなという感想です。またよく勉強して、努力します。

(座長) 「能力とは環境とのずれである」という御言葉は名言です。差し当たり翻訳すると、それを言い換えたものが、○委員がしばらく前におっしゃった「状況」という言葉でありましょう。そのようなところも悩んでいきますから、引き続きよろしく願います。

(○) 議論の後半は頭が一杯でなかなか付いていけなかったのですが、各類型の見直しでどのパターンがいいのかは、皆さんのご議論でも、こちらもいい、あちらもいいという状況で、やはりシンプルな方がいいと思うので分かりやすくシンプルでいてほしいという考えもあるのですけれども、個別性といいますか、その方、その方によってパターンが全く違うので、それに合わせると、逆に細かい方がいいのかもしれないと思ったりします。今、この場で答えが出るものでもありませんし、今後、このことについてもさらに議論を深めていくことにはなると思ふのですが、利用する立場からすると、シンプルかつ分かりやすいもので、なおかつ、ケース・バイ・ケースには今後なっていくとは思ふのですが、そのように対応ができるようなものになっていくといいのではないかと思います。

(座長) なるべくオール・イン・ワンの分かりやすい制度にしていこうということで、本日の委員の皆さまにお知恵を絞っていただきました。単純なオール・イン・ワンではなく、本人の個別状況を考えると、そこに若干の凹凸を加えていかなければいけないものですから、その凹凸をどうするかについて、今日、各委員の意見をお出しいただいていると

ころです。引き続きよろしく申し上げます。

(○) 先ほども申し上げたのですが、どの場合も本人の意向を大きく制限するような運用にはしてほしくないというのが第一にあります。それと同時に、本人の暮らしが破綻しないような仕組みも必要だとも思っています。

では破綻しない、本人の意向を制限しないというのは、障害のある人たちも一人一人やはり能力は違いますから、凸凹を付けないと駄目なのだろうと思います。私は類型を一つにした方がいいのか、二つの方がいいのかというのは、今はまだよく分かっていません。

もう一つ心配していることは、今の成年後見制度で欠格条項は随分と撤廃していただきましたが、今の成年後見制度がなくなったらこの欠格条項の撤廃もなくなってしまうのかということです。その辺も気に掛けていただけたらありがたいです。

それから、余談になるかもしれませんが、一つ事例があります。企業就労していた方で、お母さんがご高齢なので買い物も銀行の出し入れも本人がするという比較的しっかりした方が、悪徳金融業者につかまりました。あるとき私たちの会のバス旅行にパソコンを本人が持ってきたので、「どうしたの？」と聞いたら「おばちゃん、知らんのか。名前を書いたらいくらでもお金をくれるよ」と言って、「えーっ」となりました。そのような人ほどやはり危険性があり、いろいろなところと相談しながら、結果的には自己破産をしてもらったという経験を持っています。そのようなことにならない、少し手前のところでみんながその本人の暮らしぶりを見ながら注意しておくということが必要だとも思っています。

そのためには私どもの会が前から申し上げているように、地域の連携ネットワークで、関係者が中心となってチームを作り、いざ専門職が必要なのではないかと考えたときに、裁判所や後見人の候補者のような方に入っていただいて、議論の上で、後見人として専門職に入っていただくというようなことができたらいいのにと思っています。「そんな悠長なことはしてられない」と言われるかもしれませんが、そのぐらいご理解いただいた上で、後見人に付いていただくことができたらいいのにと思っています。

(座長) おっしゃったことは、いずれもご要請としてごもっともなことであり、よく理解しました。引き続き留意いたします。

○委員のお話を伺った上で、あまり時間を延長してはいけませんから、本日は内容に関わる議論をここまでとしたいと考えております。また後で一度お問い合わせします。

(○) 先ほど家裁の負担の話が出ましたし、○委員から、実際に成年後見が付いていないときに必要な場合として自己破産の場合や裁判手続の場合があるというお話がありましたので、その点に関連して、訴訟上の特別代理人についてコメントします。

成年後見が付いていない場合で、訴訟の必要性があるときに、民事訴訟法第35条で特別代理人という制度があります。条文上は、法定代理人がない場合又は代理権を行使することができない場合で、成年被後見人である相手方に対して訴訟行為をしようとする場合で、さらに遅滞のため損害を受けるおそれがあることを疎明して、受訴裁判所の裁判長に特別代理人の選任を申し立てることができるという制度です。

ただ、これは○委員のペーパーにもあるように、実際にはもう少し広く解されています。

判例や注釈書などにも書いてありますが、成年後見人が必要なのにまだ選任されていない状態でも使うことができるのか、条文上は被告側の意思能力に問題がある場合の制度ですが原告側でも使うことができるのか、あるいは遅滞のために損害を受けるおそれがあるというのは、時効の完成猶予の必要がある場合などを想定しているのですが、近いうちに証拠が散逸する可能性がある場合も含まれるなど、かなり広く解されているようです。

他方で、この制度では、受訴裁判所の裁判長、例えば地方裁判所の裁判長が特別代理人を選任します。実際には弁護士や親族の方を選任するようなのですが、これまでは後見の審判に時間がかかったりする場合に、その間を埋めるためにも使われ、もしかしたらこの民事訴訟法第 35 条の制度に過度に期待しているところがあったかもしれませんが、広く使われるのであれば、地方裁判所や簡易裁判所などの裁判所で代理人を選任していいのかというのも若干疑問ではあります。成年保護特別代理人の仕組みをどう作っていくかによるかと思いますが、要件などは明確化した上で、訴訟行為をする必要があるときに、家裁の方で簡易迅速に実体法上の法定代理人を選任してもらえという制度を作っていくことが望ましいのではないかと考えているところです。

ただ、制度の全体像を見ながら、最終的に判断する必要性はあると思いますが、民事訴訟法第 35 条があるから大丈夫だというのではなく、それはあくまでも緊急時に使う制度として位置づけておくのがよいのではないかと考えています。

(座長) 第 35 条についての知見のご提供を頂いたことに御礼を申し上げるとともに、第 35 条の法文がまずもって現在の運用を表現し切っているものになっていないという憾みがあり、今後、民法の実体法の制度がもう少し見えてきた段階で、今後の第 35 条がこれでよいかということについても見直すことが望まれる部分があると感じます。またその検討が熟していくに従って、○委員にもご相談させていただきたいと考えますから、どうぞよろしくお願いします。

(○) 時宜を失しましたが、二点ほど発言させてください。消費者契約法との役割分担の話がありましたが、消費者法で対応するべきだから民法では何も対応しないということになれば、ことによると、どちらでも対応しないことにもなりかねないのではないかと懸念いたします。ここでの問題が、消費者ではなく、自然人一般に関わることを踏まえると、行為能力の制限である必要はないといたしましても、民法の枠内でも一定の対応をすることがやはり必要ではないかと感じます。これが一つです。

もう一つは、取消権に関して、能力制限をするのかどうかというレベルでは、取消権があるのか、ないのかという点だけが議論になりますが、実際上は、誰が取消権を行使することができるかがかなり重要な問題であるように思います。本人が取消権を行使するという場面と、本人以外の後見人等が固有の権限としてそれを行使するという場面とでは、実質的にはかなり性格の違う問題が生じると思いますので、その点は区別して議論する必要があるのではないかと感じます。

(座長) 二つの点ともごもっともです。特に後者の取消権の評価は、今日ご議論のキックオフを頂きましたが、本人が行使するか、それともケアをしている人が行使するかで、

随分その評価、様相は異なってくるだろうと考えますから、次にここについてご議論をお願いする際には、資料もその観点をご議論いただくように調べてまいりますし、そこを深掘りしていただきたいと感じます。

研究会資料第2の議論は、いずれにしても本日に結論を得るというものでありませんから、引き続き議論をお願いしていくこととなります。今日の段階でこれを述べておきたいという方のご意見を承ります。

(○) 杞憂だとは思ってはいますが、制度を大きく変えていくときに、現行制度の利用者の出口戦略について視野に置かなくてよいのか気になりました。少ないとはいえ、現在、法定後見は23万人ほどの利用者があるので、新しい制度に大きく変革したときに、どのようにその人たちを移行していくのか、あるいはいけるのかということも、議論の際、視野に入れた方がいいのではないかと感じます。

(座長) 実は民法の実体法を改めていくと、○委員に問題提起いただいたような手続法の関係も見直していかなければいけないことに加えて、○委員がご心配になった欠格条項の問題への跳ね返り等、他の霞が関の府省が持っている法制との調整が生じます。これを法制の世界では関係法律整備と呼びます。それから今、○委員がおっしゃった、従来使ってきた人をどう受け止めていくか、これは法制の世界では経過措置とよぶものですが、関係法律整備と経過措置のことを考えると、頭を抱えざるを得ない、非常にストレスの重い作業が待ち構えています。当然、面倒だからやめましょうというわけにはいかず、私たちはもうこの大きな改革を乗り切っていく以外に道がありませんから、とにかく改革の本体のところの姿が見えてきた段階で、関係法律整備や経過措置について、最終的にはかなりの労力を割かなければいけない。皆さまや、ここにおいでの方々の皆さまをはじめとして、そこについての覚悟を固めつつあるであろうということが今の○委員のお話でもよく分かりました。引き続きどうぞよろしく申し上げます。

本日の研究会資料2についての議論はここまでとします。次回の研究会では、任意後見制度についてのご意見を伺いたいと考えております。追って皆さまに資料をお届けする準備を進めています。

次々回以降は、有識者からのヒアリングや海外法制の調査などについて広く知見を得ることを考えています。ヒアリング、海外法制調査について、このようなことで実施を進めていくということでのよろしいですか。ただ今、賛成を頂いたものと受け止めますが、ヒアリングと海外調査を具体的にどのようにするかについてまた考えなければいけません。ヒアリングをする方々の人選、それから海外法制の調査の場合には、どの国の調査をするかなどを考えなければいけません。ここまでのこの研究会での議論を踏まえて、法務省や事務局である商事法務研究会ともご相談しながら進めていきたいと思っております。

今日の段階で皆さまから、特段のご意見やご要望があれば承っておきたいと考えますが、何かありますか。よろしいですか。では、このヒアリングと海外法制調査の準備について、私と法務省事務局にお任せいただけますか。どうもありがとうございます。そのように進めることにいたします。これで本日予定した内容は了しました。この研究会の運営について、何か特段のご発言があれば承ります。よろしいですか。それでは、第3回成年後見

制度の在り方に関する研究会をおひらきといたします。どうもありがとうございました。