

第1 はじめに～議論の進め方がさかさまではないか

今回の第4と第5の議論の進め方は、意思決定支援等本人中心の総合的な権利擁護支援の中に成年後見制度を位置づけるという「第二期基本計画」の「基本的な考え方」、それに基づく今後の施策の目標として検討されることが求められている成年後見制度の見直しということからすると、さかさまの議論になってはいないでしょうか。

まずは、第5を議論し、2000年改正時とは異なる「政策目標」「政策判断」を明らかにした上で、現行制度を「適切な時機に必要な範囲・期間で利用できる制度」としてどのように変更するのかの方向性を定め、そこから制度枠組みの見直しを検討し、次に、それを前提にして「成年保護特別代理人制度」を別に構想する必要があるのかどうか、その場合の具体化を検討すべきです。「適切な時機に必要な範囲・期間で利用できる制度」として求められているものは、現行制度をそのままとして、成年保護特別代理人制度を導入することで達成できるものではないからです。

したがって、まず、第5から議論すべきです。

第2 「第5 成年後見制度の制度枠組みの見直し」について

1 考えられる全体像

地域共生社会の実現に向け、「支援付き意思決定」を重視する総合的な権利擁護支援のあり方をめざすことが第二期基本計画で示されていることを踏まえれば、それに相応しい成年後見制度としては、「何らかの障害による判断能力の支援のため、特定（もしくは複数）の法律行為について、代理権限等の付与による支援（保護）を、必要かつやむをえない場合に、個別に（非包括的・非典型的に）利用する制度とする」ことが、政策的な基本方針となるはずですが。

これまでの第一期基本計画の5年間で、意思決定支援のガイドラインを検討し、意思能力存在推定の原則に立って、支援をしても意思決定能力がない場合に限って、代理・代行を行うということを基本的理念として積み重ね、共通認識を作り、全国で実践しようとしている経過を、個別の実践や運用の問題にするのではなく、制度見直しにしっかりと反映させることが求められています。

こうした政策的な基本方針を前提として、現行制度の三類型による判断能力の認定とそれに基づく権限付与という制度を、どう変える必要があるのかを検討する

ことになると思われます。

考えられる全体像はそのようなものであり、ここに示されているような、①から④というような組み合わせの議論から始めることは、理念なきパズルとして相当ではないように思います。

2 現在の制度及びそれを前提とする制度等

新しい制度への見直しの基本方針に基づく場合、従来の後見や保佐のように、判断能力の程度だけで属人的・類型的判断を前提はしないことになるため、従来の三類型を前提とする諸制度についても、各実体法、各手続法の趣旨ごとに、どう関連させることが相当であるか、個別に改正の方策を検討していく必要があります。先般、成年後見人等による欠格条項の撤廃の際に、関係制度を形式審査から実質審査に変えていったことと同様の作業を行っていくことになるでしょう。

3 行為能力制限の見直し

(1) 現行制度及び検討の必要性

障害の程度によらず、必要性・補充性がある場合に、個別に権限を付与するという制度設計に立つ以上、包括的もしくは類型的に同意権・取消権を付与する行為能力制限の制度は廃止されるべきです。

たしかに2000年改正では、行為能力制限は本人保護の制度として設けられたものではあるが、この20年間の運用において必ずしも本人保護のため積極的な権限行使がなされてきたわけではないこと、消費者保護法制や政策による保護の充実もみられること、かえって包括的取消権（後見）や所定の行為の同意権・取消権（保佐）があることによって、本人による銀行取引などの法律行為が認められず、取引から阻害される根拠になってきた等の権利制約の弊害は大きいところです。

よって、同意権・取消権の付与については、本人保護の必要性と補充性にに基づき、（本人の同意能力も踏まえ）個別に付与する制度へと改正すべきです。

なお、資料2では、補助制度における同意権・取消権は見直す必要がないとされていますが、三類型の見直しは、一つの共通した枠組みによる、個別の同意権・取消権付与のあり方を検討するのですから、補助制度も念頭において検討すべきです。

(2) 考えられる制度設計

したがって、考えられる制度設計について、まず、「① 現行制度を維持すること」は、実際には取消権行使の事情があるわけでもないのに、取消権が付

与されていることにより、完全な法的能力がないことに関する本人の不利益を重視すべきであり、また、主体的取引の阻害要因となる弊害もあるので、この考え方は取りえません。

また、「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」については、取消権の行使に制限を設けることの実体化・要件化が困難であり、結局のところ、その要件該当性は後見人等の裁量に委ねられてしまう一方で、①と同じような権利制約の弊害は除去されないため、この考え方も取りえません。

同様に、「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」については、そもそも後見類型による包括的取消権について温存することになること、保佐について対象事由を限定しても、当該本人の必要性とは無関係に類型的な行為制限をするという弊害は除去されないため、①と同様に、この考え方も取りえません。

この資料の整理の①～③のような、三類型を前提として（つまり、意思能力について何らかの認定をした上で制度利用をするという前提にたった上で）、意思無能力の推定などの推定規定をおくことは、障害者権利条約12条や、これまで培ってきた意思決定支援ガイドラインにおける「意思能力推定の原則」に反するものであり、制度設計としてとれないと思います。

したがって、前述したように、見直しの方向性としては、行為能力制度を撤廃し、同意権・取消権の付与については、（本人の同意能力も踏まえ）本人保護の必要性と補充性に基つき個別に付与する制度へと改正すべきです。これは障害者権利条約12条の要請との関係でも、避けてとおれない見直しであると思われまます。

そして、行為能力制限を撤廃した場合の本人の保護の要請については、本人の同意に基つき、あるいは、具体的危険性が予測され保護の必要性が明らかなる場合（たとえば、躁状態で次々不要な契約をし、他の説得も聴かないという事例。浪費癖があり、説得も聞かず、次々買い物等をしてしまう例。特定の団体に生計の基盤に影響するような寄付をしてしまうという例）に、各法律行為の類型ごとに個別に取消権を付与する制度に見直すことが相当です。

その前提として、デジタル社会により対応した消費者保護法制による本人による取消権の拡充や客観訴訟の充実が求められるとともに、地域共生社会における消費者保護政策の充実による早期の発見と支援策の充実が求められます。

4 代理権付与の見直し

(1) 現行制度及び検討の必要性

後見類型における「包括的代理権」の弊害は、必要性・補充性がないにもかかわらず、自己の意思決定よりも他者の意思決定が社会的に尊重され、それにより自己の生活が規定されていくという「制度的」な弊害にあります。

それを改善しようと、そもそも広範な裁量による包括的代理権のある成年後見人に、意思決定支援を裁量の範囲で実践させることだけでは限界があり、何らの制度的な担保もありません。

包括的代理権を廃止し、意思決定支援による支援付き意思決定に基づくことを原則としつつ、代理権付与による支援の必要性・補充性の認められる法律行為等について代理権を付与することが、本人の自律にかなう権利擁護支援の制度として相当なものになります。そのような政策的基本方針に基づき、制度の見直しとして現行の代理権付与のあり方を大きく見直すべきです。

なお、保佐や補助についても、現行制度は、本人の同意により代理権が付与される制度ではあるものの、必要性等がなくなったにもかかわらず、取消申立がほとんどなされないか、なされても「判断能力の程度」を勘案して代理権付与が継続する等が実情であり、それを改善するためには、後見類型と一体として、制度の見直しが必要です。

(2) 考えられる方策

よって、考えられる方策としての「① 現行制度を維持すること」は、包括的代理権の弊害を全く解決しないものであり、本人の法的能力や意思決定能力存在推定の原則にも反する、過剰な保護として、取りえません。

また、「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」についても、行為能力制限のところでも述べたことと同様に、代理権の行使に制限を設ける要件の具体化は困難であり、また、「自らできるかどうか」という制限は現行制度が「事理弁識能力に欠ける常況」としつつ、自ら法律行為ができる場合に代理権行使を制限するということは制度的矛盾でもあり、それをおいておいても、結局のところ、その判断が後見人等の裁量に委ねられてしまい、①と同じ弊害が除去されない制度となるため、この考え方も取りえません。

したがって、「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」との立場から改正をはかることが必須だと思います。

なお、資料2では、「本人がおよそいかなる法律行為もできない事案も想定される」として、別途検討が必要との提起もされていますが、これはそもそも意思決定能力存在推定の発想に立たない問いかけですし、そう見える事案につ

いても、その時点で代理権を付与すべき必要性がある法律行為が多数あるという量的な問題で整理できるのであり、これを質的な違いと扱う必要はありません。

今回の政策的基本方針は、そうした類型化による弊害をなくし、現行の「補助」から「後見」まで、十人十色の個別の必要性・補充性に基づき、制度利用を組み立てるという観点が極めて重要です。

このように考えても、実務上は、すでに保佐や補助の代理権付与の豊富な経験があるのであるから、全ての事案につき代理権についての必要性の検討をすることは可能である。もっとも、現在よりは必要性判断のための実務上の負担は大きくなるが、これまでの蓄積された実務経験から、必要性を判断するいくつかの事例の類型はある程度予測できますため、この実務経験に基づいて代理権付与の判断の負担を軽減する工夫をすることができると思われます。

5 各類型の整理・見直し

以上のことから、本資料2に記載されている「5 各類型の整理・見直し」の問題整理は適当とはいえません。

必要性・補充性の原則にたった「適切な時機に利用する制度」を実現するためには、判断能力だけで典型的に判断し、それに伴い代理権や取消権等の権限を典型的に付与することを基本とする現行の三類型は相応しくないのであり、判断能力の程度は、当該法律行為に関する権限付与の必要性を考慮する一要素と位置づけ、当該の必要性・補充性を個別に判断する制度にすることを原則とすべきです。

ここで認定の対象となる判断能力は、法律行為を有効・無効とする意思能力によるものではなく、社会生活上で求められる意思決定能力が、その時々において、対象となる法律行為や手続、支援環境、経験などによって、相対的に決まるものであることを前提に、権限付与をする必要性があるかどうかになりますから、包括的・典型的判断にはなじまないところです。

これに対して、こうした判断能力の認定の個別性は実務的に煩雑を極めるとして、抽象的なレベルでの保護の必要性を理由に、一定の類型化を合理化する考え方もあるかもしれません。しかしこれは、現在の後見類型が、上記の意味での判断能力に大きな幅のある全ての層を含んで制度利用されてしまってきたという20年以上の実務経験が示してきた弊害をどう考えるのかの政策的価値判断にかかっています。むしろ前述したように、個別の代理権等の付与の煩雑さは、これまでの保佐・補助実務の経験から実務運用上の工夫によって解消できるところは大きく、包括化・類型化の弊害を超える事由にはなりえないと考えます。

第3 「第4 成年保護特別代理人制度の創設」について

1 制度枠組み

まず、現行制度を、「適切な時機に必要な範囲・期間で利用できる制度」に変更するために、どのような制度枠組みとするのか方向性を定め、その次に、それとは別に、成年保護特別代理人制度を構想する必要があるかどうか、という順番で議論をすべきことは、すでに述べたとおりです。

2 制度導入のメリット

資料2の前段では「特定の具体的なものに限定されている場合」に特別代理人の制度を導入するかのようにつつ、括弧書きで、結局、遺産分割後に財産管理が必要になったら新たな代理権を付与する等としており、結局、この制度の射程範囲が明確ではありません。そもそも、新しい制度の政策的基本方針を、その時々に必要なやむをえない特定の代理権限を付与する制度とするならば、ここで想定されている場合は、新しい制度自体に概ね包含されるのであり、特別代理人制度を別途構想する必要性が見出し難いところです（ただし、全てが包含されると考えるかは、対象行為の性質によって、別途の考慮の余地はあると思います）。

また、資料2の後段の「後見の開始要件や終了事由の見直し（前記第3）後においても、後見制度を利用しなくても本人保護に欠けるところがないと認められない限り、一旦開始した後見は継続することとなるものと一応想定することができる」という前提は繰り返しになりますが不適切です。これは、現行制度を前提とした考え方であり、「適切な時機に必要な範囲・期間で利用できる制度」に見直した場合には、「本人に代理権限付与の必要性がなくなれば、他の必要性が見いだせない限り、一旦開始した後見が継続することはない」のが原則になるのです。したがって、ここからは成年保護特別代理人制度の独自のメリットは見出しがたいこととなります。

新しい制度の下でも、この成年保護特別代理人制度を検討するメリットがあるとするれば、訴訟法上の手続対応、行政手続上の対応等のために専ら代理権の付与が必要であるけれども、本人が社会生活上の法律行為のための代理権付与の必要性が明らかでない場合について、新しい制度の予定する利用手続上の負担より、簡易な手続で利用することができる制度としての位置づけられるのであればメリットがあると思われれます。

3 制度導入のデメリット

すでに、前回の第2のところでも述べましたが、新しい制度は、本人に当該法

律行為については支援によっては判断能力が十分でないと評価して、代理権限付与の必要性を認めるものであるが、それを離れて、全般的な法律行為に関する判断能力について評価をするものではないこととなりますから、必要とされた当該法律行為が終了し、その他の必要性が生じていない場合には、後見制度が利用されなくなったことが、具体的に本人保護がなされないという評価には繋がらないのであって、このような問題設定が無用であり、デメリットとして整理されることではありません。

また、「また、そのような状況を法的に是認することは、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が、どのように考えるか。」については、まずは問題の場面を整理しなければなりません。これは、特定の法律行為について成年保護特別代理人をつけた結果、本人の財産管理を他人が行う必要性が生じた場合のことであり、特別代理人制度を導入した場合の全般的な問題点ではないことをまずは確認すべきです。その上で、この問題は、本人の財産管理をする必要性が認められる場合に、財産管理の代理権付与をせずに、家族による法的根拠の明確でない管理があるからとして、必要性・補充性がないとして終了させるかどうかの問題として、新しい制度全般の必要性の問題として検討することであり、特別代理人における固有の問題ではありません。

そして制度全般の必要性の問題としては、たとえば本人の財産管理上の収支がルーティン化され、日常生活上の支出に限られている場合等については、必ずしも代理権を法的に付与しない状態を是認することも、他の制度として意思決定支援の観点から日常の金銭管理をチェックする社会福祉法上の制度の充実などによっては十分にありえることです。また、多額の預貯金などが形成されている場合については、濫用・不正防止の観点から新しい仕組みをつくる必要がある。たとえば、後見制度支援預貯金に類似した管理方法等を検討することによって、代理権を付与を必要としない状態での保護もありえるところです。

4 導入する場合の検討事項

(1) 要件

ア 意思能力を欠く場合に限定するか

このような問題設定は、結局、現行制度の維持を前提にして、この制度を導入しようとするための隘路に入ってしまうものと思われます。

新しい制度の下でも、この制度を別に設ける趣旨・意義から検討して、対象となる要件の検討に入らないと意味がありません。

イ 補充性の要件を設けるか

これもアと同様です。

(2) 本人保護の方策

ア 成年保護特別代理人に財産調査義務等を課すか

まず、新しい制度における「後見人」は、代理権等を付与された法律行為に付随した範囲での財産調査義務及び身上配慮義務を負うことになると思われます（それに限らない全般的な義務を負わせることも論理的にはありえるかもしれませんが、実効性は乏しいものになります）。よって、その範囲内で、付与された権限以外の必要性についても確認する権限と義務があると位置づけられることになるでしょう。

これを前提に、成年保護特別代理人についても、同様の整理がされることになるかもしれませんが、そもそも付与された代理権の行使以外には、その他の権限付与の必要性が明らかでないものについて、成年保護特別代理人制度を利用するのだとすれば、同様の付随的な調査義務も無用ということになります。その意味でも、まずは、新しい制度の制度設計における成年保護特別代理人制度の独自の存在意義を明らかにすることが必要です。

イ 成年後見制度の申立権を付与するか

アにおける整理により、成年保護特別代理人制度が特定された代理権の処理に限定されたとすれば、調査義務・配慮義務やそれに基づく申立権は無用になるかもしれません。したがって、ア同様に、その整理が先決です。

(3) その他の検討すべき事項

ア 2000年改正時、「要綱試案補足説明」において特別代理人制度を見送った4つの理由について、今回の新しい制度への見直しとの関係では、次のように整理することができる。4つのいずれについても、第二期基本計画の基本的考え方と目標に即した新しい政策的な基本方針に基づき、克服されるものです（なお、研究会での消極意見についても、ほぼ同様のことが当てはまる）。

まず、①については、現在の後見類型を含めて、必要な時に必要な事項について代理権を付与するという新しい制度にした場合には、ここの指摘のように、特殊な類型を設ける必要がないということでは、同じ状況になると思われま

次に、②については、まさに2000年改正時には、「心神喪失の常況にある者」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」たものでありましたが、一方、今回は、全面的な代理権・取消権を付与することは過度の権利制約として不必要・不相当という政策的判断に転換することになりますから、現在の後見類型についても、特定の法律行為にのみ代理権を付与するという事に制度矛盾はないことになります。

さらに、③については、新しい制度も、判断能力の程度を全く考慮しない制度にするわけではなく、判断能力の低下の程度を、代理権付与の必要性考慮の重要な要素として考慮するのであるから、理論的にも法制的にも困難ではありません。

最後に、④については、法的根拠に基づかない（あるいは推定的代理権や事務管理に基づくという整理が適切かもしれません）、日常生活上の管理を是認する場合に、それを民法に制度として位置づけるのではなく、社会福祉法その他の制度による社会資源として、これを必要性・補充性の考慮事項として想定することと整理が可能です。

イ 成年保護特別代理人の開始にあたって、それぞれの要件の審査の仕方や本人の手続関与の在り方について、どのように考えるかについては、新しい制度の要件審査や手続関与の在り方を議論が先行しなければならないのであり、これ抜きに、特別代理人制度だけの問題を検討するのは意味がありません。

ウ 代理人となる者について、親族への限定や優先順位を付けることについても、同様です。むしろ、独自の存在意義は、訴訟手続上等の専門的法律事務であるとすれば、親族への限定や優先順位は趣旨が異なるように思います。

エ 以上のように、成年保護特別代理人制度の議論は、基本となる新しい制度設計の概要が固まらなければ、その独自の存在意義も制度設計も議論できないものであり、議論の在り方を見直すべきです。

※ 現行の民訴法上の特別代理人制度について

なお、先に6頁に「新しい制度の下でも、この特別代理人制度を検討するメリットがあるとすれば、訴訟法上の手続対応、行政手続上の対応等のために専ら代理権の付与が必要であり、社会生活上の法律行為のための代理権付与の必要性が明らかでない場合について、新しい制度の予定する利用手続上の負担より、簡易な手続で利用することができるものとしての位置づけであればメリットがあると思われる。」と述べましたが、そうしたニーズに対応する制度として検討する場合の参考として、現行の特別代理人制度の実務運用として弁護士会で把握している点について付言しておきます。

民事訴訟や民事執行の場合は、民訴35条で「成年被後見人に対し訴訟追行する必要がある場合」に特別代理人を選任できるとされているところ、この点、東京高裁S62.12.8判決において、心神喪失の常況にあるがまだ後見開始（当時は禁治産宣告）を受けていない場合にも準用により特別代理人の選任を求めることができるとの判断をしており、実務上は、後見開始となっていない場合にも、相手方に訴訟能力がない場合には特別代理人の選任が認められているところです。民訴や民事執行の手続では、相手方に後見開始審判の申立権がないのが通常であるため、裁判を受ける権利の保障などから、そのような実務的な運用になっているのではないかと思います。

各地の弁護士会には、地方裁判所等から特別代理人の推薦依頼が毎年相当数ありますが、抵当権実行のための特別代理人選任だけでなく、一般訴訟事件の被告当事者についても一定数が選任されています。

なお、人事訴訟法においては、特別代理人の選任はなされておらず、後見人の選任が求められているようです。

一方、家事手続きでは、家事法19条の特別代理人の規定も、同様に「被後見人」と記載されているところ、民訴と同様に後見開始のない場合にも準用の余地が考えられそうですが、民訴や民事執行と異なり、相手方が後見申立の申立権者（4親等内親族）であることが多いため（遺産分割調停や審判など）、後見人の選任を求めることが実務上の運用の原則とされているようです。

以 上