

資料 8 「成年後見制度の在り方等について」に関する意見メモ

(その 3・補充)

2023年4月25日

弁護士 青木佳史

第9回研究会での議論を踏まえて、意見メモ(その2)につき、訂正・補充したいいくつかの点について、補充書を作成いたしました。なお、先般、日弁連が実施した第4回第二期基本計画連続学習会の配付資料を、今後の新たな制度作りの参考資料として提供させていただきます。

○ 「幅のある代理権」を想定する意味について

「幅のある代理権」については、代理権設定方法の実務的な問題であり、法律行為を個々に捉えてそれ毎の必要性を検討して代理権を設定するのか、関連する代理権についてはまとめて必要性を検討して代理権を設定するのか、という場面のことであり、「幅のある代理権」という類型化をして、制度枠組みの問題とすることではない、と整理するのが相当であると思われる。例えば、賃貸不動産の管理については、賃借人の入退去に関する契約、更新、賃料の収受、請求、遅滞の場合の催告や解除などさまざまな法律行為が想定される。それらを個別に特定して個々に代理権設定をするというのは必要性検討においても事務の煩雑さにおいても適当ではなく、「本件不動産の賃貸借に関する代理権」として設定することで十分であり、現行実務でもそのような扱いがなされていると思われる。

それ以上に、何か予想できない事態について、予め幅のある代理権を設定するということになれば、包括的代理権と同じ弊害が生じることになるため避けるべきと思われる。

○ 「継続的代理権」を想定する意味について

「継続的代理権」については、財産管理面でも身上保護面でも、継続的な契約の代理行為が想定されるものであるところ、それを類型化しようとする実益は、必要性の終了の判断における考慮要素としての問題であると整理できる、と思われる。

すなわち、不動産売買や遺産分割、訴訟行為等のように、一回性の強い法律行為であれば、その履行の終了＝必要性の終了となりやすいのに対し、賃貸借契約や医療契約、福祉サービス利用契約等の継続的な契約においては、契約が継続している＝代理権の必要性あり、と考えるといつまでも必要性はなくなることはないことになるが、

契約は継続しているが代理権付与の必要性はなくなることがありえる、と2つを切り分けて考えるべきではないか、という必要性終了の判断要素をどう考えるかという問題として整理できると思われる。

例えば、上記のような賃貸借の管理に関する代理権について、本人を支援することでは管理できない場合には必要性が継続することになるだろうし、住まいを賃借している場合に賃貸借契約の更新や家賃等の値上げが定期的に発生する場合には必要性が継続することもあるだろうが、管理や契約更新に大きな変動がないような事情の賃貸借の場合には、本人への意思決定支援や身近な支援者による援助で十分なケースもあるだろう。

また、身上保護に関する医療契約や福祉サービス利用契約については、契約締結だけでなく、その後の入院・退院の計画、治療内容の説明、在宅診療・看護の方針、在宅・入所ともケアプランの確認やサービス提供票の確認、契約内容の変更、利用料の支払いなどの様々な事務の代理・代行を現行の実務では後見人等が担っているところ、こうしたサービス内容のモニタリング機能のために必要性がありとして代理権の継続を認めるのか、それとも医療・福祉現場の意思決定支援の強化、親族・知人等による事実上の支援、日常生活自立支援事業や新たな権利擁護事業による対応等によって、その必要性はなくなると考えることもできるケースも多くあるであろう。

このように、「継続的代理権」については、継続的契約における代理権の必要性判断の考慮要素の問題として整理すべき要素であり、継続的契約（継続的代理権）だから当然に必要性が継続する、と考えないようにすることが重要であると思われる。

○ 行政手続を含めた事務の代理・代行の範囲について

私法上の法律行為以外の行政手続を含めたその他の事務をどのように扱うかについては、これまでの実務で代理・代行の必要性が認められてきた様々な事務を、どう対象として含めることが相当かという観点で整理することになるのではないかとと思われる。

法務省令で、任意後見契約の代理権目録を定めている（平成12年法務省令第9号・任意後見契約に関する法律第三条の規定による証書の様式に関する省令・附録第1号様式）が、ここにも行政手続に関する代理権限や事実行為にわたる事務が多数記載されている（C1、C2、G1、G3、G5、G6、H2、H5等）。また、家庭裁判所の保佐・補助の申立書式における代理行為目録（令和3年4月版）にも同様の記載がなされている（1(4)①、②、3②、4①、②、③、④）。

これらを前提にした代理・代行権限の整理をすることになると思われる。

ただし、補充性の問題としては、今後、各行政手続及び市民生活全般につき、意思

決定支援や合理的配慮が浸透することによって、後見制度による代理・代行手続による必要性が減少していくことも想定されることであろうと思われる。

○ 訴訟行為についての対応

第9回研究会に提出した意見メモ（その2）においては、訴訟行為における代理権付与は、特別代理人の制度の拡張によるべきではないかとしていたが、その後の議論を踏まえると、やはり不十分であると考えに至ったので訂正をしたい。

民事訴訟法上の特別代理人の制度は、訴訟手続を進めるための裁判所及び訴訟当事者双方の利益をはかるもので、必ずしも本人の意思決定支援の延長線上における本人のための代理権設定という成年後見制度とは別の趣旨による制度であることから、訴訟上の特別代理人は、あくまでも訴訟手続を進める必要から選任される、訴訟能力のない者が訴訟の場に現れると訴訟進行が阻害されるという傾向が根強いものであり、本人の意思が疎外される傾向にあると思われる。

例えば、賃料不払いで家屋明け渡し訴訟の明け渡しを求められる被告の立場について、賃料不払いとなった事情、本人の生活場所のあり方、本人の収支や財産全体を把握した上での今後の家賃支払い見通し、本人の金銭管理能力や身近な支援などを総合的に判断して、訴訟対応や和解対応を行うということは、特別代理人制度では必ずしも期待できないところがある。

やはり、訴訟行為を自ら遂行することが困難な本人の保護という観点からは、訴訟行為についても、本人の意思決定支援や本人の意思や選好の尊重をはかりつつ代理権行使をする職責を担える新たな成年後見制度による対応が望ましいと思われる。

ただし、そのために「特別保護代理人制度」といった別類型を設けて手続や要件を設定することについては、結局のところ、手続や要件を限定することに伴い、民訴法の特別代理人と同様の弊害が生じないか、対象となる行為をどのように限定するのかなど疑問も多い。そのため、事項毎に必要性に応じて代理権を設定する一元的な成年後見制度において、訴訟行為上の代理権も対応することで十分なのではないかと思われる。

○ 成年後見制度の「休止制度」という提案について

前回の研究会で、成年後見制度の休止制度という提案があったが、このような制度は、本人の全般的な能力判定を行うことを避け、事項ごとに判断能力を含めた諸事情に基づき代理・代行の必要性を判断して制度利用をし、必要性がなくなったら

終了させるという構想とは相容れないものではないかという疑義がある。つまり、「休止」ということは、この本人は「いつかまた代理権が必要になるかもしれない判断能力の不十分な人」であることを抽象的に認定することが前提になってしまうからである。したがって、基本的な制度設計としてまず疑問である。

また、実際の制度としても、休止している間、特定の代理人等は存在しないのであれば、その間の事件管理を家裁がどのように行うことになるのか（本人が死亡するまでずっと休止のまま事件が継続するのか）、家裁の休止事件に関する責任はどうか、あるいは、仮に休止中も代理権のない特定人を残すのだとすれば、その特定人の役割と義務はどのようなものになり、それにつき休止期間中も無報酬で継続することになる責任と負担をどう考えるのかなど、制度として成り立ち難いものではないかとの疑義も大きい。

「休止制度」という発想が出てきた趣旨は、一旦終了した方について新たな代理権付与の必要性が生じた時に、速やかに家裁に手続がなされて制度利用ができるようにしたいということであると思われるところ、そのためには、再度の代理権付与のための申立人のあり方や関係者の連携、家裁における従前の事件資料の活用による手続の簡素化などによって検討されるべきことではないかと思われる。

以 上