

新しい成年後見制度の基本的骨格についての意見

～本人の意思を十分に踏まえ、適切な時機・事項につき、
必要最少限度の範囲・期間で代理権等の事務を付与する制度に～

2023年6月30日

弁護士 青木佳史

これまで11回の研究会での意見交換を踏まえ、今後の新しい制度の基本的骨格について、日弁連内部での意見交換を参照しつつ、現時点における私個人としての提案をまとめさせていただきました。本研究会報告書のとりまとめに向けた議論と意見集約の一助にいただければと考えております。

第1 新たな制度の基本理念

(提案)

新たな基本理念は、

- 1 自律（自分のことは自分でコントロールすること）の保障
- 2 ノーマライゼーションからインクルージョンへ

を大原則とし、

これに基づく指導原則として、

- 1 意思決定能力存在推定の原則（制限行為能力者制度の撤廃）
- 2 自己決定の優越・意思決定支援優先の原則
- 3 必要性・補充性に基づく必要最少限度の保護の原則

とする。

(理由)

- 1 今後の新しい制度の基本理念は、「地域福祉における権利擁護支援全体の中における成年後見制度」に相応しい新たな基本理念であることが要請される。

2000年改正時から20数年の権利擁護支援における基本理念、特に障害者権利条約において中核的な理念とされている「自律」の保障や「地域社会におけるインクルージョン」（条約12条・19条など）を反映するとともに、わが国の地域福祉の基本理念である地域共生社会の実現や世界や日本における意思決定支援に関する原則や諸制度を踏まえたものとするべきであ

る。

「自律」の保障というのは、意思決定を自分一人ではなかなか形成できない人も含めて、本人が自分のことは自分で考え選択して決めることができ、それを実現するために必要な支援を受けて生活することを社会により保障されなければならない、という障害者権利条約の中でも中核的なものを占めるものと捉えられている重要な原則・価値基準である。ここでは、自己決定権、それを可能にするための支援付き意思決定の保障が含まれ、それにより本人を中心に本人の意思をできるだけ反映した生活を実現していくことが「自律」の保障である。従来の「自己決定の尊重」や「残存能力の活用」に比べると、どんな人も自分の意思は必ずあるものだということを前提に、社会が支援をすることでできるだけ本人の意思を形成・表明し実現していくことを政策目標とするもので、この間の権利擁護の支援の考え方の発展を踏まえ、本人中心の生活をより徹底しようとする理念となる。

次に、「ノーマライゼーションからインクルージョンへ」については、国連の人権概念などの発展の中で、多様性の承認に基づき、障害のある人が障害のない人と同じように暮らすという二項対立ではなく、さまざまな困難を持っている人がお互いの多様性を認め合いながら支え合って包摂された社会をつくっていくというものだという概念に発展してきており、これをノーマライゼーションからインクルーシブな社会へとしてとらえた理念である。新しい制度も、広くインクルーシブな地域社会の関係性の中で、総合的な権利擁護制度の中に組み込まれ、本人・他者との関わりの中で、様々なことを決めたり、支えたりしていくことの中に位置づけられる制度になることが重要である。

これらは、自己決定の尊重、残存能力の活用、ノーマライゼーションの実現と本人保護との調和、とされた2000年改正時の制度理念を、現在までの認識・実践の発展と社会的要請を踏まえて、大きく発展させたものになる。

2 こうした大原則から導き出される指導原則としては、まずどんな病気や障害のある人であっても、人は自分で意思決定をする可能性がある存在であると捉えること、すなわち「意思決定能力存在推定の原則」が極めて重要なものになる。そしてここからは、障害等を理由とした一定の類型について意思決定能力がない人、不十分な人との典型的な評価・判断をし、それに基づく保護制度を置くことは避けられなければならない(制限行為能力者制度の廃止)。一律の典型的判断ではなく、事項や時期、環境等により、個別・具体的に判断すべきであることが要請される。

また、自律の保障からは、自己決定した本人意思は、例外的な場合を除き他の価値に原則として優越されなければならないこと、そのためにも意思決定支援が様々な場面において十分に行われることが優先されなければならない¹。

そして、本人の保護のために第三者による代理権等の事務を付与をすることは、それによる保護の必要性とより制限的でない他の手段の検討（補充性）によるという、保護の必要最少限度の原則が導かれる。

第2 制度開始の要件

（提案）

- 裁判所は、以下の諸事情を総合的に考慮し、本人の生活、療養看護（身上の保護）及び財産の管理に関する事務²に関する、特定の事項につき、本人のために代理・代行をする必要があり、意思決定支援を尽くす等他にこれを実現する方法がない場合について、期間を定めて³、特定代理人⁴を選任し、必要な範囲の代理権等の事務を行わせる審判を行う。
 - ア 病気、障害、その他の事情により自ら意思決定を行うことの困難さ
 - イ 自ら意思決定を行うための情報の取得、維持、選択、表明についての支援の環境
 - ウ 代理権等の事務の付与についての本人の意向
- この代理権等の事務を行わせる審判を行うには、本人の同意を原則とする。ただし、本人の意思が確認できない等の事情がある場合は、その限りではないが、その場合、必要性につきより厳格な審査を要する。

（理由）

- 1 意思決定能力存在推定の原則に基づき、具体的事項についての必要性を

¹ なお、この原則は、新制度を利用するかどうかの開始要件にあたって考慮すべき原則であるとともに、新制度の利用開始による代理権等の権限行使にあたっては自己決定が優越し、意思決定支援による決定を優先させることが要請されるものになる。

² 必ずしも法律行為だけでなく、身上保護や財産管理に関する事務も意思決定の代行をする必要性が認められることから、現在の民法の規定同様に「事務」と表記することとした。

³ これについては、第5で詳述する。

⁴ 「成年後見」という用語は、従来の三類型を前提にイメージが固定してしまっているものであることから、新しい制度では、別の用語が望ましいと思われる。ここではあくまで仮に「特定代理人」という用語を使うが、より相応しい用語を今後検討したい。

離れて抽象的な判断能力についての属人的な能力判定は行わない。よって、「事理弁識能力」の概念は廃止する⁵。本人の精神状態を含めた状況、意思決定を行うための環境、本人の理解状況などから、特定の事項ごとに評価・判断する。開始審判というものを行う意味はなくなるため、代理権等の事務を付与する審判と特定代理人選任の審判になる。

- 2 代理権等の事務の付与は、本人保護のためとはいえ、本人の自己決定権の重大な制約であるため、意思決定支援優先の原則に基づき、必要性和補充性の認定を不可欠な要件とする。
- 3 必要性とは、①本人が、現に、身上保護や財産管理に関する法律行為や事務を行う必要性、及び②その意思決定のために第三者に代理権等の事務を付与して代理・代行により保護する必要性のそれぞれにつき、特定の事項ごとに、評価・判断するものである。

ここでの①の必要性とは、「自ら意思決定をすることが困難＝法律行為や事務のために代理権・代行権の付与が必要」といったような抽象的・法論理的な必要性ではなく、本人にとって現に、その法律行為や事務をすることが必要であるかどうかという、具体的な必要性が求められる⁶。

また、②の必要性には、意思決定支援を継続して自ら意思決定できるようになることを待つことはできず、現に代理権等の事務を第三者に付与する具体的な必要性が求められる。

- 4 補充性としては、意思決定支援や相手方の合理的配慮（障害者差別解消法参照）による意思決定の可能性、任意後見、任意代理などの本人の意思に基づく他の制度利用、日常生活自立支援事業等の権利擁護のための社会福祉制度の活用⁷、家族や施設・病院等による事実上の支援など、より制限

⁵ 新しい制度との関係では「事理弁識能力」は廃止されるという趣旨であり、民法のその他の概念、たとえば過失相殺や遺言能力などにおけるものとしては別に検討されることになる。

⁶ たとえば、遷延性意識障害等で意思表示が全く困難な場合であっても、病院や施設での生活のためには年金収入の管理と利用契約の締結で足り、定期預金の管理や所有不動産の売却などは不要な場合には、定期預金や不動産売却についての代理権付与は必要性は認められない。

⁷ なお、補充性との関係では、第二期基本計画の基本的な考え方に基づく「総合的な権利擁護制度の充実」が、今後、社会福祉法の整備を含め、地域福祉において制度化・充実することによって、それを補完する形での必要最少限度の保護が成年後見制度に求められる役割になる、という相互補完性を持つものとして位置づけられ、そうした制度の各地域毎の整備状況も併せて検討されることになる。

的でない他の方法によることができないかを検討することである。

- 5 全ての場合において包括的代理権を廃止し、特定の事項ごとに、代理権等の事務の付与を行う。

「事項」には、法律行為及びそれに付随する行為に加え、本人が意思決定すべき身上保護及び財産管理に関する事務が含まれうる。なお、必要性に応じ、複数の事項や関連する事項について代理権等の事務を付与することを妨げない。

- 6 本人の同意を原則とすることを、制度利用の要件とする。現行制度における補助や保佐における代理権付与についての同意と同様のものを、全ての場合に拡張するものであり、本人の権利制約である以上、本人意思をできるだけ反映すべきことからである。

ただし、本人の同意の意思確認が困難な場合には、代理権等の事務を付与すべき保護の必要性を、本人同意がある場合より厳格に認定にした上で、代理権等の事務を付与することができることとする。

- 7 この制度設計によれば、制度利用の対象者は、全般的に判断能力が不十分な人かどうかという属人的評価を行うものではなく、特定の事項ごとに代理権等の事務の付与による保護の必要性を判断するものであるから、「病気や障害等の事情により、ある事項につき、自ら意思決定を行うことが困難で、代理権等の事務の付与による保護が必要な者」となる。「精神上的障害」は、代理権等の事務の付与の必要性を判断する上で重要な要素ではあるが、それ自体が独自の要件ではなく、対象者となるわけでもない。
- 8 代理権等の事務の付与の審判は、判断能力の判定を行うものではなく、本人自身の法律行為を制限するものでもないため、これによって本人自身が法律行為を行うことは妨げられない（ただし、意思能力の有無による法律行為の有効・無効の判断は民法3条の2による）。

第3 制限行為能力者制度の廃止

（提案）

- 原則として、制限行為能力者制度を廃止し、精神上的障害を理由とする能力判定に基づく、類型的な同意権・取消権の設定を行わない。
- 例外的に、本人の同意を要件として、特定の法律行為⁸について、差し迫った必要性が認められるものにつき、特定代理人⁹に、同意権・取消権を付与す

⁸ 同意権・取消権については、事務全般ではなく法律行為に対象を限ることになる。

⁹ この特定代理人は、代理権付与をされる特定代理人とは別である（名称も別の方がいい）

ることを認める（代理権等の事務の付与とは別個・独立に判断される）。

- 同意のなかった法律行為の取消権は本人が行使することが原則であり、本人が行使できない場合に限り、裁判所の許可を得て特定代理人も行使できる。

（理由）

- 1 制限行為能力者制度は、精神上的障害を理由に、具体的必要性を問うことなく、典型的に、一定の法律行為を自ら単独で行うことを制約するものであり、重大な権利制限として、障害者権利条約が強くその廃止を求めているところである。
- 2 行為能力の制限は、現行の「成年後見」の包括的代理権とともに、本人の自己決定権を他者が包括的に管理することを許容する制度であり、実際にその権限を行使するかどうかにかかわらず、過度の保護的介入として、「自律」の保障に反するものとして見直しが必須である。
- 3 経済的虐待や消費者被害など、特定の状況下において、本人が脆弱な状態に乗じた権利侵害からの保護という要請については、これまでの実務経験から、同意権・取消権行使による救済の実効性が乏しいことや個別の代理権付与による保護で足りること、公的機関による虐待対応や地域の見守りネットワーク等の福祉的対応によることが効果的であることが明らかになってきた。
- 4 それでもなお、同意権・取消権を付与しなければ保護に欠ける場合への対応の要請がないとは言い切れないことに備え、個別・具体的に切迫した必要性がある場合に、本人の同意を要件とした上で、同意権・取消権を付与するという、限定された制限行為能力者制度を残すこととする。
- 5 その場合でも、取消権の行使は本人によるものことを原則とし、本人が行使できない場合、すなわち、本人がその時の精神上的状態等により意思表示ができない、もしくは、当該法律行為による自己の利害得失が理解できない場合等、自ら取消権を行使することが困難な場合に限って、しかも慎重を期するために家庭裁判所の許可を得て、特定代理人も行使できることとした。

いかどうかは未検討）が、兼任することは妨げられない。

第4 類型の廃止

(提案)

- 「事理弁識能力の程度」という属人的な能力認定によって類型化をし、それぞれに別の法律効果を設定した、現行の成年後見・保佐・補助の3類型に基づく開始要件は廃止し、制度開始の要件を第2のとおりのもとし、代理権等の事務の付与の必要性・補充性に基づき制度利用を開始する制度とする。
- 同意権・取消権の付与についても、第3のとおり、制限行為能力者制度を原則廃止し、特定の法律行為について、切迫した必要性がある場合に、本人の同意を要件として、個別に付与するものに限定する。

(理由)

- 1 類型化は、その前提として、本人の判断能力(現行では「事理弁識能力」)について抽象的に能力判定をするものであり、その判定に基づく、包括的な代理権等の事務及び取消権の付与(成年後見)や類型的同意権・取消権の付与(保佐)などの異なる法律効果が導きだされるからこそ意義があるものであるところ、上記提案の第2、第3のように、特定の事項に関する本人の精神上的障害等による意思決定能力の状況は、必要性判断の重要な要素ではあるものの、要件とはせず、したがって、代理権等の事務の付与や同意権・取消権付与の効果に直結するものではない、とすることから、類型の廃止は論理的に必然の帰結である。
- 2 代理権等の事務の付与に本人の同意がある場合と、本人の同意がない場合とについて、これを二つの類型として整理する考え方については、いずれも個別の代理権等の事務の付与という効果については同一であり、本人の同意がある場合でも、なお、必要性・補充性の要件も必要であるとするのであれば、結局のところ、本人同意の有無は、必要性・補充性としてどの程度のものを求めるかの差に過ぎず、それは個別・具体的事情の差であって、あえて類型化すべきものではない。また、本人同意型を設けることにより、必要性・補充性の要件検討が緩やかになりすぎるおそれも懸念される。
- 3 本人の各事項に応じた意思決定能力の状況を勘案しながら、代理権等の事務の付与の必要性を個別に判断することは、現行の保佐や補助における代理権付与の審理においても行っているところであり、抽象的な能力判定を行わず、全ての場合につき、特定の事項ごとに、意思決定能力の状況を勘案して、代理権等の事務の付与の必要性・補充性を認定していくことは、

現在の実務を発展させた仕組みとして、十分に実践可能である。

- 4 類型を廃止すると、本人の状態の変化に応じた新たな代理権等の事務の付与が必要になった場合に手続が煩雑になるのではないかとの懸念については、家事審判手続のオンライン・IT化を含めた合理化、家裁の審理体制強化、中核機関等の地域連携ネットワークの充実によりカバーすることが求められることであり、それをもって類型を残す理由にはなりえない。

第5 制度利用の有期期間の設定と取消・終了

(提案)

〈代理権等の事務の付与の審判について〉

- 制度開始の要件である代理権等の事務の付与の必要性・補充性及び本人の同意は、制度利用継続の要件でもあり、必要性・補充性が消滅した場合は、あるいは、本人の同意に基づき開始した審判につき本人が同意を撤回した場合は、制度利用を取消さなければならない。
- 取消の審判は、本人もしくは申立権者の申立または関係機関からの情報提供に基づく裁判所の職権により行う。
- 定期的な要件審査を制度的に確保するため、開始審判において制度利用期間を定め、最長5年の有期とし(裁判所は付与する代理権等の事務の性質や本人の状況によりこれより短期の期間を設定することができる)、本人もしくは申立権者による更新の申立もしくは職権による更新がなされない限り、期間満了で終了する。

終了後一定期間経過後に、再び、何らかの代理権等の事務の付与の必要性が生じた場合は、新たな申立による。

〈同意権・取消権付与の審判について〉

- 制度利用の要件である切迫した必要性と本人の同意は、制度利用継続の要件であり、本人が同意権・取消権の取消を申し立てた場合、もしくは、切迫した必要性が消滅した場合、制度利用を取消さなければならない。
- 取消の審判は、本人もしくは申立権者の申立または関係機関からの情報提供に基づく裁判所の職権により行う。
- 定期的な要件審査を制度的に確保するため、制度利用は、最長3年の有期とし(裁判所は切迫した必要性の状況により短期の期間を設定することができる)、期間満了で終了し更新を認めない。再度、同意権・取消権の付与が必要な場合は、再度の申立を行う。

(理由)

- 1 代理権等の事務の付与の必要性・補充性の要件及び原則として本人の同意を求めることは、新しい制度の基本理念に基づく根幹的なものであり、これが継続して存在することが不可欠であり、それが消滅した場合は、取消の申立だけでなく、福祉関係機関からの情報提供などによって裁判所が積極的に職権で取消をすることもできるようにすべきである。要件消滅の審理は本人の申立によることはなかなか期待できないこと、本人以外の申立権者は支援のしやすさ等から取消に消極的なことも予想されることからである。
- 2 また、一旦制度利用がなされると、周囲の都合から制度利用が継続してしまうことは、現行の補助・保佐制度の代理権付与の運用からも伺えるところである。本人の意思の状況や必要性・補充性の状況の変化を定期的に審査する制度的担保が必要であり、そのために審判の期間を定め、有期の制度として、要件の存続を定期的に審査するものとすることが不可欠である。
- 3 代理権等の事務の付与については制度利用の最長期間は5年とし、代理権等の事務の付与に至った事情により、期間を短縮することができることとする。ただし、諸外国ではより長期の期間としている実例もあるが、まずは5年で運用した上で検証すべきであると考え。一方、同意権・取消権付与は、例外的な制度であることや切迫した必要性は通常長期に継続することはないから、最長期間を3年と限定した。
- 4 期間終了時に制度を継続して利用する場合の対応については、一旦終了させて再度の申立をさせて要件審査をする方法と更新制度として期間到来以前に要件審査をする方法が考えられる。

代理権等の事務の付与の審判については、継続する必要性がある場合も少なくないと思われることから、円滑な継続のためには更新制度とすることが相当であると考えた。ただし、更新制度としても、更新時の最新の状況を踏まえて、制度開始要件の実質的審査がなされなければならない、形式的・機械的審査となることは避けなければならない。

なお、代理権等の事務の付与の必要性が消滅し終了した場合は、再度の利用が漠然とは予想されるところでも、そのために「休止制度」のような要件も効果も不分明な状態を設けることは相当でなく、必要性が現に生じた場合に、改めて申立をすべきである（ただし、その場合には、裁判所の職権による制度再開も検討されてよい）。

一方、同意権・取消権付与の審判については、例外的制度であり、継続する切迫した必要性が長期にわたることはむしろ少ないと考えられることから、更新ではなく、期間満了で終了とし、なお必要な場合には、新たな申立をさせることとした。

第6 特定代理人の選任・交代の審判

(提案)

- 現行の後見人等の著しい職務違反等に基づく解任の審判とは別に、裁判所による特定代理人選任の取消の審判を設け、申立または職権により、代理権等の事務の付与の趣旨や本人の状況や支援の環境、本人との関係性、本人の意向を踏まえて、選任の取消と新たな特定代理人の選任をする審判ができるようにし、柔軟な交代をしやすくする。特定代理人の選任取消の審判は、直ちには欠格事由にはならない。
- また、特定代理人選任の審判は、代理権等の事務の付与の審判と同様に有期とし、期間が到来した時点で、代理権等の事務の付与の審判については更新して継続する場合であっても、特定代理人の選任審判はこれに連動せず、期間満了で終了し、新たに別の者を特定代理人に選任する審判ができるようにし、更新の機会を利用して、特定代理人を柔軟に交代できる機会を確保する。

(理由)

- 1 後見人等の柔軟な交代は、現行の制度では、職務違反等の解任事由がない限りは解任できないこと、解任が欠格事由になることによる解任審査の慎重さなどがあり、解任事由が明確な場合でなければ交代のために発動することは難しく、結局、後見人等の理解に基づく自発的な辞任と新たな選任という枠組みによるしかないという限界がある。

そこで、後見人等の理解や同意がなくとも、客観的な本人のニーズや本人の意向、本人との関係性等を踏まえて、柔軟な交代を可能とする制度を新たに設けるべきであるが、その方策として、現行の解任事由を拡大・緩和する方向は、解任手続の厳格・慎重さや欠格事由とリンクしていること等から相当ではない。

そこで、解任審判とは別に、特定代理人の職務の適否にかかわらず、本人のニーズの変化や本人の意向、本人やチーム支援との関係性、特定代理人の特性等を総合考慮して、選任の取消をする審判を、申立もしくは職権

によりできることを設けるべきである。この場合は、特定代理人の職務の不適切さがあるとは限らないため、欠格事由には該当させないこととする。

- 2 ただ、選任取消の審判を設けた場合でも、取消事由の有無の判断が難しい場合もあり、あるいは、特定代理人との関係性を危惧して取消の申立を躊躇することもありえるところである。

そのため、さらなる方策として、代理権等の事務の付与の審判を有期とするとともに、特定代理人選任の審判も有期とすることで、期間満了後に代理権付与の審判の方は更新された場合でも、特定代理人の選任については期間満了で終了とし、次の特定代理人の選任は新たな要素を考慮して別に裁判所が選任できることとすることにし、期間満了時を柔軟な交代を行いやすい機会とすることが期待できる。

- 3 なお、本人の意向や本人との相性に基づく選任取消や更新後の交代をどこまで許容することができるかは、地域の担い手確保の状況や本人保護のために特定代理人と本人とが一定の緊張関係を要する場合あるため、なお十分な検討を要するところである。

以 上