

資料2「法定後見制度の在り方の見直し ～適切な時機に必要な範囲・期間で
利用する制度の導入の検討を中心に～」に関する意見メモ

2022年6月28日

弁護士 青木佳史

資料2を検討した私の個人としての意見につきまして、時間の関係で全てを研究会で
口頭発言することは難しいと考えましたので、その趣旨をメモにまとめましたので、発
言の補充として参考配付をお願いいたします。

第1 適切な時機に必要な範囲・期間で利用する制度の導入に関する検討の必要 性について

○ ここでは、専門家会議や第二期計画の議論から導入の必要性を位置づけていますが、
もう一つ重要な観点として、障害者権利条約12条や各国制度改正の検討において重
視されている後見制度の権利制約の観点から、行為能力制限等の見直しを含めた必要
性・補充性の導入の必要性があることも示していただくべきはないでしょうか。

各国は支援つき意思決定をできるだけ確保するための措置を取るべきとのことから
すれば、本人保護の名目で、必要性・補充性を前提としない終身の包括的な代理権の
付与や行為能力の制限をすることは、過度な権利制約として見直されなければならない
との観点を盛り込む必要があると思います。

○ この資料では、以下では、「後見類型を前提に議論をする」として問題設定がなされ
ており、具体的には、後見類型を「判断能力を欠く常況にある者」とであるとして、そ
れに対する「保護」という観点で問題設定がなされていますが、これでは適切な問題
整理ができないと思われます。

「適切な時機に必要な範囲・期間で利用する制度」を導入するということは、そも
そも現在のように利用者を「判断能力を欠く常況にある者」との認定をするわけでは
なく、「精神上の障害により、当該法律行為につき、代理権等の権限付与をすることが、
現時点では他に手段がなく必要である」という認定に基づき制度利用を開始するとい
うものです。従来の後見類型の方についても、保佐や補助類型の方についても、同じ
考え方で認定をするはずで。

ですから、現在の後見類型だけではなく、保佐・補助類型の利用者も念頭において、
問題整理をしていくべきではないでしょうか。

そうしなければ、意思決定支援による支援付き意思決定による原則を拡げていきな

がら、必要やむをえない場合に、他人に代理権限等を付与する後見制度を利用するという基本的な方向性に基づく議論にならないと思います。

第2 適切な時機に必要な範囲・期間で利用する制度を導入した場合の本人の法律行為について

1 想定される状況等

- 前述したことが、ここで端的に、問題設定を適切でなくしていると思います。「判断能力を欠く常況にある者」として後見開始をする現行制度を前提にし、そうした「者」を「保護」するために成年後見制度があるという前提から、「その保護がなくなる」という問題設定が適切ではないと思います。

当該法律行為について代理権等の権限付与がやむをえず必要性がある場合に後見制度が開始する制度と位置づけ直すのですから、精神上的障害の要因たる病状等が回復しなくても、保護の必要性がなくなった場合に、成年後見制度が利用されないことを民法が許容することに何ら支障はありません。

例示のような場合は、具体的に自宅不動産売却の可能性がある場合は、本人の保護のために制度利用の必要性が認められることが多く、一方、本人が支援をしても意思決定困難な状態であっても、入所施設で生活する等生活状況からして誤って売却する可能性がない場合には、制度利用の必要性がないことは十分に許容されると思います。

制度利用しないまま騙されて不動産売買等をしてしまった場合の立証・訴訟などの負担があることはそのとおりですが、そのことから制度利用の必要性がない事案にまで、抽象的な「保護」の名目で制度利用を継続することは過剰な権利制約とすべきでしょう。

また、「取引上の保護」は、後見制度だけではかるべきものではなく、むしろ消費者保護法制等の保護強化を併せてはかることが重要です。

- また、銀行等の継続的取引を除き、一回性の取引については、公示制度をとっていない成年後見制度について、以前に制度を利用していたことが、取引の安全性の観点から取引阻害される要因になることは想定されないことであり、制度利用終了後の取引については、もともと制度利用せずに判断能力が不十分となった者との取引の安全と同じように、相手方にしかるべき注意義務と合理的配慮が求められるものです。したがって、取引阻害される可能性が、現在の制度より増えることにはなりません。

- 銀行や証券会社等と継続的取引がなされている場合において、一旦制度利用をして届出をしていた者が、制度利用終了後に、取引阻害をされる可能性はありえるところですが。現在は後見類型については「判断能力の欠如」との判断があるため、一度そのように判断された者との口座取引は困難ということになるからです。しかし、新たな制度は、判断能力の欠如を認定するものとせず、当該法律行為のための権限付与を必要とする趣旨のものとするれば、原則として本人には意思能力があるものと推定して取引をすることが可能となり、制度利用終了後の取引を、意思能力存在の推定原則から本人と行うことを求める規定や免責規定等の措置の手当を検討することになると思います。

2 民法上の意思能力に関する規律

- 民法3条の2は、法律行為の有効性との関係で意思能力が位置づけられているのに対し、制度利用の要件に関わる「判断能力」は、代理権等の権限付与により本人の必要性に応じて判断能力を補うことで本人が一般社会における主体としての地位を確保するための概念ですから、意思能力とは別の概念として、区別して定義がなされるべきです。
- また、障害者権利条約12条の完全な法的能力の保障との関係でも、意思決定能力存在の推定の下、「支援付き意思決定能力」という社会モデルに基づく概念をとして「判断能力」は定義されるべきです。
- したがって、資料の立論のように「前記1と関連するが、判断能力を欠く常況にある者による法律行為が意思能力を有しない状態で行われた場合には、民法第3条の2により無効となるものと考えられることから」ということは当然の前提にはならないと思われます。代理行為等の必要な判断能力が、直ちに民法3条の2の意思能力を有しないものとなるわけではありません。
- また、本人に民法3条の2にいうところの意思能力がないときに、取引の安全を考えなければならないような法律行為を行う必要があれば、制度利用の必要性がないとして終了することはないのですから、この点を懸念する実益もありません。
- そもそも「事理弁識能力」も、対象となる行為ごとに能力の程度は違うはずですが。そうした千差万別の能力を、人単位で「後見・保佐・補助」の一律の基準で分けしようとしたことに無理があったのです。したがって、制度利用開始の要件として本人の精神上的障害の有無を認定する必要はありますが、類型化は意味がなく、当該法律行為ごとに保護の必要性を基準とすれば足りると思われます。

3 本人及び取引の相手方の保護について

- 成年後見制度の利用如何にかかわらず、取引行為においては、その契約行為を十全なものとするために、取引の相手方に対し、意思能力の確認はもちろんのこと、その属性や取引の複雑性等により十分な配慮を行った上で契約を行うことは一般的に要請される事柄であり、それを怠った場合の取引上のリスクは常に負担しているものです。これが新しい制度を導入することによって増加するということはありません。

また、行為能力制度は、本人保護の制度であって、公示制度も伴っていないことから取引の安全保護のための制度ではなく、そもそも行為能力制度を取引安全の観点から議論することは疑問です。現在でも、後見制度の利用の有無を確認して（後見制度を利用していないことの証明を出させて）取引の安全を確保する等も行われていませんし、今後はさらに、障害者差別解消法の合理的配慮の民間事業者への義務化により、より丁寧な取引の相手方の判断能力への支援が求められます。ですから、新しい制度の導入により、今よりも取引の相手方として敬遠される懸念が増加することはありません。

- また、後見制度を利用していないけれども、何らかの判断能力が不十分になっている一般市民が、日常生活上の取引を無効とされて混乱するような事態は生じていないことからすれば、敢えて「日常生活上の取引を有効」とする規定等を設ける実益は乏しいと思われます。

第3 後見の開始要件や終了事由の見直し

1 制度枠組み

これは制度導入の要件検討で再論することですが、制度終了の要件は「本人保護に欠けるところがない」ではなく、「制度利用の必要性がなくなった」としななければならないと思います。「本人保護に欠けるところがない」では、結局のところ、抽象的な保護の懸念に基づいて利用が継続となってしまうおそれがあります。

2 制度導入のメリット

今後、具体的に検討するときには、代理権と取消権の必要性を同列に扱っていかどうかは、権利制約の大きさから別に考えるべきだと思います。また、メリットという言葉での整理はあまり適切ではないように思います。つまり後見制度の利用は、本人への保護措置であるとともに、本人の権利や意思決定を制約するものでもありますので、「必要性・補充性」が、開始要件においても、継続・終了の要件としても、当然に要請されるということ、原則的な理解として確認する必要があると思いま

すが、これはメリットとして整理することではないと思います。

3 制度導入のデメリット

ここでも「本人の判断能力を欠く常況」という前提の設定が疑問であることは前述のとおりです。また、本人保護として権限付与することが一方では本人の権利制約と表裏であることをふまえれば、「保護が徹底されない」という必要性や補充性を捨象した「抽象的な保護」を持ち出して、これをデメリットと整理することは不適切だと思います。

また、判断能力が不十分な状態で、支援者による支援を受けて生活することで問題がない生活をしている市民は多数あるのであり、現行制度でもそれら全てに後見制度をつけないければならないという制度設計はしていないのであり、是認しているのですから、とりたてて新しい制度導入による問題として取り上げる必要はないと思います。

もちろん、そのことは成年後見制度を利用しない場合の新たな意思決定支援に基づく権利擁護支援制度を創設することの必要性を否定するものではありません。制度利用の必要性・補充性による制度活用を高めるためにも、新たな制度開発は、制度導入とともに具体的に整備されることが必要だと思います。

4 導入する場合の検討事項

(1) 後見開始の審判の有効期間

イ 有効期間制度の有用性

必要性・補充性を要件とする以上、開始時にその要件が具備しているだけでなく、その後も継続していることが求められることになるため、その要件を審査する枠組みが必要ですが、これを申立権者による取消申立てだけの制度としてしまうと、申立権者の家事手続上の負担が高く、また適切な取消申立ての行使が期待できないこと等が懸念されます。支援者や後見人等の都合から、必要性・補充性がなくなっているにもかかわらず、漫然と継続することも予想されます。したがって、家裁によって、定期的に必要性・補充性の要件を評価する機会が「制度的に保障」されることが肝要であり、そのためには有効期間の設定が原則になると思います。

ウ 考えられる制度設計

有効期間については、当該事案で認められる必要性・補充性の要素により、その事情の継続性が個別・具体的に異なるものですから、一律の有効期間とするの

ではなく、また、法律で期間を定めるよりは、裁判事項として、裁判官が開始審判とともに有効期間を定めるという柔軟な運用が望ましいように思います。ただ、家裁の執務体制等により、各地の有効期間の設定が区々になったり、長期になったりする等のおそれも考慮すると、法律では上限となる期間の枠を設定し、その範囲内で審判ごとに個別設定するということが適切かと考えます。

なお、「原則を有効期間なし」と定めることは、有効期間が形骸化するものになりますので、想定すべきではないでしょう。

エ 有効期間の更新

有効期間を定めた上で、期間終了までの間に（例えば6ヶ月前ころに）家裁が必要性・補充性の有無の確認を行う調査手続を開始し、当該事案に当初認められた必要性・補充性が継続している、もしくは新たな必要性・補充性が認められる場合には、期間延長（更新？）の審判を行うことができるようにします。

こうすることで、必要性があるにもかかわらず、制度利用が終了してしまう弊害は除去することができ、あえて更新の申立や申立義務を課す必要はないのではないのでしょうか。

ただし、期間満了までに上記手続によって、必要性・補充性の確認手続ができなかった事情（資料が不十分、本人や関係者への面談が困難、必要性・補充性についての意見対立があり調査継続する等）がある場合は、裁判所が職権で有効期間の暫定延長を行うことができるような手当はしておくべきだと思います。

(2) 適切に本人保護の必要性の有無を判断できるようにするための枠組み

ア 適切な機関・団体からの意見聴取の必要性

利用開始時の必要性・補充性の検討においても、取消申立や有効期間満了時の必要性・補充性解消の検討においても、本人の意向・意見、後見人等や支援者等からの意見聴取や事情把握は不可欠だと思います。

ただ、それらは本人の生活の支援に日常的に関わっている「権利擁護支援チーム」を対象とするべきで（ただ事案毎に聴取すべき対象は検討が必要です）、普段関わりのないような専門機関から意見を求めることは必要がないばかりか、適切ではなく、また、利用終了のために大きな負担と手続を要することになり、適切な仕組みとはいえないのではないのでしょうか。実際にも、全件について適切な意見を述べるができる機関は想定しがたいです（市町村ごとに置かれる予定の中核機関でさえも普段関わっていないケースについて意見を述べることは困難です）。

必要性・補充性の判断については、その要素をできるだけ詳しく類型化したシートを作り、利用開始時にも、取消や期間満了時にも、そのシートに本人及び本人の日常的な支援者によって詳しく作成いただいた情報をもとにして判断するという仕組みを作る（現在の実務における「本人情報シート」の「必要性・補充性バージョン」のようなもの）ことが適当です。そして、それだけでは不十分な事案については、調査官調査や審問によって、さらなる意見聴取を行うことで対応することになるのではないのでしょうか。

イ 考慮要素の明示

利用開始時の必要性・補充性として、裁判所が平準的な判断をできるようにするために、考慮要素を法律に明記するとともに、さらに家事手続法や規則もしくはガイドライン等において考慮要素を具体化するとともに、それを前述の「必要性・補充性検討シート」に落とし込んで、それに基づく検討を行うようにするのがいいのではないのでしょうか。

もちろん事案により、個別性・具体性が高い考慮要素ではありますが、一定の類型化はこれまでの裁判所の蓄積から可能でしょうし、それにより、必要性において考慮すべき事情や他の資源によって担えるかという補充性において考慮すべき事情（こちらは地域によって、時期によって変化もあるでしょうが）を、的確に反映できることになると思います。

(3) 保護の方策

前述してきましたように制度利用の必要性・補充性の検討において、保護の必要性は十分検討されるのですから、それがないと判断され制度終了した事案について、「抽象的な保護の必要性」を理由に、その代替措置としての保護制度を検討する必要はないと思います。

あえていえば、一旦解消した必要性が、再度生じたときに、速やかに利用ができるような簡易な手続（たとえば、必要性・補充性シートの再提出等、前回終了時から変更した点のみを資料として申立すれば開始決定ができるような手続）を設けるなどが検討されればよいと思います。

後見制度以外の保護制度としては、消費者保護法制における本人取消権を拡充することは重要であると思います。

なお、資料に記載のある、後見人をつけずに後見開始決定だけを残す制度というのは制度としていびつですし、速やかに再度の必要性・補充性を判断して利用再開ができるように制度にすればいいことだと思います。

また、後見制度支援信託や支援預金については、制度利用終了後も契約内容を維持できる契約とし、定期金の出金額変更等が必要になった場合には、再度後見制度利用をする等商品見直しをすることで対応すべきことだと思います。また、新しい制度導入に見合った後見制度以外の多額の預貯金を保護するシステムを検討することも検討事項だと思います。いずれにせよ、所与の後見支援預貯金を前提に、後見開始審判を残す等の検討は実益がないと思います。

なお、本人保護の観点からは、現行の行為能力制度と同意権・取消権は撤廃すべきであると思いますが、本人の同意による同意権留保の制度の創設は、消費者保護法制の強化とともに検討されるべきだと思います。

(4) その他の検討すべき事項

上記以外の点で検討すべき事項として、何があるか。