

法定後見制度の見直しに関する検討事項①

第1 成年後見制度の概要及び理念等

(前注) 現行の民法(明治29年法律第89号)において補助、保佐及び後見の各制度の規定が設けられており、これらの制度を併せて一般に「法定後見制度」と呼称されている。また、任意後見契約に関する法律(平成11年法律第150号。以下「任意後見契約法」という。)において任意後見の制度に関する規定が設けられている。そして、法定後見制度と任意後見制度を併せて一般に「成年後見制度」と呼称されている。本研究会においても、同様の理解の下、「法定後見制度」、「任意後見制度」及び「成年後見制度」の用語が用いられており、本資料においても基本的にはこれらの用語をそのように用いる(もっとも、見直し後の制度についての議論においては、場面によって、用語の外延が同じではない場合があり得る。)

1 成年後見制度の概要

成年後見制度は、従来の民法の制度であった禁治産及び準禁治産の制度について、柔軟かつ弾力的な利用しやすい制度にすることへの社会的要請の高まりなどを踏まえ、自己決定の尊重、残存能力の活用、ノーマライゼーション等の現代的な理念と従来の本人の保護の理念との調和を図りながら、できる限り利用しやすい制度を実現することを目指して、平成11年にこれを改正した上、新たに任意後見契約法を定めるなどして設けられた制度であり、認知症、知的障害、精神障害などの理由で判断能力(補助、保佐及び後見の各制度に共通して用いられる「事理を弁識する能力」と同様の趣旨で用いる。なお、本研究会における用語の整理については後記3参照)の不十分な者の保護や支援を目的とするものとされている。

成年後見制度は、大きく法定後見制度と任意後見制度に分けられるところ、その概要は、次のとおりである。

(1) 法定後見制度の概要

法定後見制度は、従来の禁治産及び準禁治産の制度を、各人の判断能力及び保護の必要性の程度に応じた柔軟かつ弾力的な措置を可能とする制度とするため、補助、保佐及び後見の制度に改めたものである。

ア 補助の制度は、精神上的障害により判断能力が不十分な者のうち、保佐又は後見の程度に至らない軽度の状態にある者を対象とする制度である。家庭裁判所の補助開始の審判とともに、被補助人のために補助人を選任し、当事者が申立てにより選択した特定の法律行為について、審

判により補助人に代理権又は同意権（取消権）の一方又は双方を付与する。自己決定の尊重の観点から、本人の申立て又は同意を各審判の要件とする。補助開始の審判は、必ず同意権の付与の審判又は代理権の付与の審判と共に行ななければならないこととされている。

イ 保佐の制度は、精神上の障害により判断能力が著しく不十分な者のうち、後見の程度に至らない状態にある者を対象とする制度である。家庭裁判所の保佐開始の審判とともに被保佐人のために保佐人を選任し、保佐人に同意権の対象行為（民法第13条第1項各号所定の行為及び同条第2項所定の同意権の範囲を拡張する旨の審判の対象となる行為）について取消権を付与した上で、当事者が申立てにより選択した特定の法律行為について審判により保佐人に代理権を付与することを可能とする。代理権の付与の対象となる特定の法律行為は、同意権の対象行為に限定されない。自己決定の尊重の観点から、代理権の付与の審判は、本人の申立て又は同意を要件とする。

ウ 後見の制度は、精神上の障害により判断能力を欠く常況にある者を対象とする制度である。家庭裁判所の後見開始の審判とともに成年被後見人のために成年後見人を選任し、成年後見人は財産に関する法律行為について代理権が付与され、また、成年被後見人の法律行為について取消権が付与されるが、自己決定の尊重の観点から、日用品の購入その他日常生活に関する行為を本人の判断に委ねて取消権の対象から除外している。

(2) 任意後見制度の概要

任意後見制度は、本人が精神上の障害により判断能力が不十分な状況における自己の生活、療養看護及び財産の管理に関する事務を授権の対象とする任意代理の委任契約の一類型としての任意後見契約を基礎とし、契約の効力発生について家庭裁判所による任意後見監督人の選任が停止条件とされているなど、公的機関の監督を伴いながら本人が保護の在り方を自ら決めることのできる任意代理を実現する制度である。任意後見契約では、任意後見人となる者やその権限について、当事者間で決定することが可能であるが、その契約の方式や効力の発生等について、任意後見契約法に民法の特則が定められている。

2 現行の成年後見制度の理念及び位置付け

民法は、対等な私人間の権利義務の関係（法律関係）を一般的に規律の対象とする法である。民法上、人は、その意思決定により自由に権利義務関係を規律することができるとの原則（意思自治の原則、私的自治の原則）が妥

当している。意思自治の原則は、人が意思決定をすることができることを大前提として、意思決定の結果行われた意思表示を要素とする法律行為に拘束力を認めるものである。そして、精神上的障害により判断能力が不十分であるため、契約等の法律行為における意思決定が困難な者について、他者に対して意思表示がされたとしても、その意思表示を要素とする法律行為に拘束力を認めることができないと考えると、精神上的障害により判断能力が不十分な者の判断能力を補い、私法上の法律関係を築くための手当てを要することとなる。

このように精神上的障害により判断能力が不十分であるため法律行為における意思決定が困難な者についてその判断能力を補う制度として、補助、保佐及び後見の制度（法定後見制度）並びに任意後見制度が設けられている。

この成年後見制度は、最終的には、判断能力の不十分な者の生命、身体、自由、財産等の権利を擁護することを目指す制度と位置付けられている。

さらにいえば、法定後見のほか、未成年も含めた制限行為能力制度の趣旨は、表意者において、意思表示の時点における意思能力の有無を事後的に証明して当該法律行為の無効を主張することが困難な場合があることや、意思表示の相手方において、表意者が意思能力を欠くことを知り得ず、トラブルの発生を事前に回避することが困難な場合があることなどから、典型的に一定の法律行為について成年後見人などによる代理又は取消しを認めた上、取引の相手方が事前にその旨を確認できるようにして、本人及び相手方の保護を図ろうとした点にある。

3 若干の用語の整理

成年後見制度に関しては、民事法制及び福祉それぞれの場面において、多様な概念や用語が用いられている。そこで、本研究会での議論を進めるに当たり、現行法等における若干の用語の整理をする。

(1) 民法上の事理弁識能力

民法上の「事理を弁識する能力」（事理弁識能力）は、「判断能力」を法令用語で表した表現であり、民法では、「事理を弁識する能力」の用語が補助、保佐及び後見の各制度に共通して「判断能力」の趣旨で用いられている。事理弁識能力は、法律行為の結果による利害得失を認識して経済合理性に則った意思決定をする能力であり、著しく不十分、不十分、欠如といった程度を観念し得る概念であるとされる。「弁識」（わきまえ識ること）の対象である「事理」とは、法定後見制度の性格上、法律行為の結果（法律行為に基づく権利義務の変動）による利害得失を指す趣旨であると説明されている。

(2) 民法上の意思能力

民法における意思能力については、その具体的な意義に関し規定は設けられておらず解釈に委ねられているところ、学説上は、大きく分けて、意思能力を自己の行為の法的な意味を理解することができる能力と解して個別具体的な法律行為の内容に即してその存否が判断されるとする考え方と、意思能力を「事理弁識能力」であると解して個別具体的な法律行為の内容にかかわらず一律にその存否が判断されるとする考え方とが存するとされる。

意思能力は、有効な意思表示の存否を決するためにその有無のみが問題となるものであって、その程度を問題にする余地はない。

(3) 民法上の行為能力

行為能力とは、確定的に有効な法律行為をするための能力であり、意思能力とは異なる概念である。

(4) 意思決定能力

意思決定能力とは、支援を受けて自らの意思を自分で決定することのできる能力をいう。意思決定能力は、法律で定められた概念ではない。なお、最高裁判所、厚生労働省、日本弁護士連合会、成年後見センター・リーガルサポート及び日本社会福祉士会により構成された意思決定支援ワーキング・グループにより作成された「意思決定支援を踏まえた後見事務のガイドライン」(令和2年10月30日)では、意思決定能力について、「意思決定能力は法律で定められた概念ではなく、意思能力や行為能力とは異なるものである。本ガイドラインでは、意思決定能力は、あるかないかという二者択一的なものではなく、支援の有無や程度によって変動するものであるという考え方を採用している。」とされている。

(5) その他

補助、保佐及び後見を併せて「後見等」又は「成年後見等」と、補助人、保佐人及び成年後見人を併せて「成年後見人等」と、それぞれ総称することがある。

第2 成年後見制度創設後の同制度に関する主要な国内外の動向

1 成年後見制度の利用の促進に関する法律及び成年後見の事務の円滑化を図るための民法及び家事事件手続法の一部を改正する法律の成立と成年後見制度利用促進基本計画の策定

平成28年4月、議員立法である成年後見制度の利用の促進に関する法律(平成28年法律第29号。以下「成年後見制度利用促進法」という。)が成立した。平成29年3月、成年後見制度利用促進基本計画(以下「基本

計画」という。)が閣議決定された。基本計画は、成年後見制度利用促進法第12条第1項に基づき、成年後見制度の利用の促進に関する施策の総合的かつ計画的な推進を図るために策定されるものであり、政府が講ずる成年後見制度利用促進策の基本的な計画として位置付けられるものである。その後、関係機関において、基本計画に基づき、成年後見制度の運用改善や、権利擁護支援の地域連携ネットワークづくり等の取組が進められるとともに、成年後見制度の利用の促進に関し専門的知識を有する者によって構成する成年後見制度利用促進専門家会議（以下「専門家会議」という。）において、上記取組の進捗状況等について中間検証が行われるなどしてきた。

なお、成年後見の事務の円滑化を図るための民法及び家事事件手続法の一部を改正する法律（平成28年法律第27号）によって、成年後見人が家庭裁判所の審判を得て成年被後見人宛郵便物の転送を受けることできること及び成年後見人が成年被後見人の死亡後も一定の事務を行うことできることとされた。

2 成年被後見人等の権利の制限に係る措置の適正化等を図るための関係法律の整備に関する法律の成立

令和元年、成年被後見人等の権利の制限に係る措置の適正化等を図るための関係法律の整備に関する法律（令和元年法律第37号）が成立し、成年被後見人及び被保佐人を資格、職種、業務等から一律に排除する規定等（欠格条項）を設けている各制度について、心身の故障等の状況を個別的、実質的に審査し、各制度において必要な能力の有無を判断する規定（個別審査規定）へと適正化されるとともに、所要の手續規定が整備された。

3 第二期成年後見制度利用促進基本計画

令和3年3月以降、専門家会議において、次期基本計画の策定に向けた検討が開始され、令和4年3月、第二期成年後見制度利用促進基本計画（以下「第二期基本計画」という。）が閣議決定され、その対象期間は令和4年度から令和8年度までとされた。

第二期基本計画では、成年後見制度の利用促進につき、単に利用者の増加を目的とするのではなく、全国どの地域においても、制度の利用を必要とする人が、尊厳のある本人らしい生活を継続することができる体制の整備を目指すものでなければならないとされ、成年後見制度を権利擁護支援の重要な手段の一つと位置付けた上で、成年後見制度を含めた総合的な支援として権利擁護支援を充実させていくという基本的な考え方が示されているところ、このような基本的な考え方を踏まえた上で、国が、障害の有無にか

かわらず尊厳のある本人らしい生活の継続や本人の地域社会への参加等のノーマライゼーションの理念を十分考慮した上で、専門家会議における指摘も踏まえて、成年後見制度の見直しに向けた検討を行うことが求められている。

また、第二期基本計画では、成年後見制度の運用改善に向けた取組として、適切な報酬に向けた検討をすべきことが示されているところ、さらに、同計画では、成年後見制度の見直しに向けた検討の際に、成年後見人等の報酬の決定についてできるだけ予測可能性の高い制度にすべきなどといった指摘があること等を踏まえて報酬の在り方についても検討をすることが求められている。

4 障害者の権利に関する条約

(1) 障害者の権利に関する条約の批准等

障害者の権利に関する条約（以下「障害者権利条約」という。）は、平成18年12月に国連総会で採択され、平成20年5月に発効し、我が国も平成26年1月にこれを批准し、同年2月に我が国において効力が発生した。なお、障害者権利条約第12条は、成年後見制度との関連において重要な規定とされている。

○ 障害者権利条約（抄）

第12条 法律の前にひとしく認められる権利

- 1 締約国は、障害者が全ての場所において法律の前に人として認められる権利を有することを再確認する。
- 2 締約国は、障害者が生活のあらゆる側面において他の者との平等を基礎として法的能力を享有することを認める。
- 3 締約国は、障害者がその法的能力の行使に当たって必要とする支援を利用する機会を提供するための適当な措置をとる。
- 4 締約国は、法的能力の行使に関連する全ての措置において、濫用を防止するための適当かつ効果的な保障を国際人権法に従って定めることを確保する。当該保障は、法的能力の行使に関連する措置が、障害者の権利、意思及び選好を尊重すること、利益相反を生じさせず、及び不当な影響を及ぼさないこと、障害者の状況に応じ、かつ、適合すること、可能な限り短い期間に適用されること並びに権限のある、独立の、かつ、公平な当局又は司法機関による定期的な審査の対象となることを確保するものとする。当該保障は、当該措置が障害者の権利及び利益に及ぼす影響の程度に応じたものとする。
- 5 締約国は、この条の規定に従うことを条件として、障害者が財産を所有し、又は相続し、自己の会計を管理し、及び銀行貸付け、抵当その他の形態の金融上の

信用を利用する均等な機会を有することについての平等の権利を確保するための全ての適当かつ効果的な措置をとるものとし、障害者がその財産を恣意的に奪われないことを確保する。

(2) 第1回政府報告等

各締約国は、国連の障害者権利委員会に対し、定期的に政府報告を提出することが義務付けられており、日本政府は、平成28年6月に第1回政府報告を提出した。日本政府は、この報告において、障害者権利条約第12条に関し、同条第2項が規定する「法的能力」が「権利能力」を意味する概念であるとの理解を前提に、我が国の民法が障害者であることを理由に権利能力に制限を設けていないことを指摘するなどして、現行の成年後見制度が障害者権利条約に適合するものである旨を述べている。

障害者権利委員会は、令和元年10月、第1回政府報告を踏まえた事前質問を示し、日本政府は、令和4年5月、事前質問に対する回答をした。

令和4年8月、日本に対する障害者権利条約の第1回政府報告の審査（建設的対話）が実施された。日本政府は、この審査の中でされた委員からの質問に対し、行為能力制限の撤廃の可能性も否定しない形で、成年後見制度の包括的な見直しを行っているところである旨を回答している。

○ 第1回政府報告における障害者権利条約第12条に関する記載（抜粋）

74. 我が国の民法は、「私権の享有は、出生に始まる」旨規定し（民法第3条）、全ての人が権利能力を有することとされている。この点について、障害者であることを理由とした制限は設けていない。

75. 認知症、知的障害、精神障害などの理由で判断能力の不十分な者を保護し、支援するための制度として、成年後見制度を設けており、本人の判断能力の程度に応じて、後見、保佐及び補助の3類型を利用することができる。

76. 成年後見人及び成年後見監督人の選任に際しては、本人の意見等一切の事情を考慮すべきものとしているほか、本人（被後見人）の陳述の聴取の機会も確保している（民法第843条第4項、第852条、家事事件手続法第120条）。また、選任された成年後見人は、本人の意思を尊重しその身上に配慮する義務を負い（民法第858条）、これにより、本人の権利、意思及び選好の尊重が図られている。なお、保佐及び補助にもこれらの規定が準用され、又はこれらと同旨の規定が設けられている（民法第876条の2第2項、第876条の5第1項、第876条の8第2項、第876条の10第1項、家事事件手続法第130条、第139条）。補助については、家庭裁判所が本人以外の者の請求により補助開始の審判をするには、本人の同意がなければならない（民法第15条第2項）。

77. 成年後見人の取消権及び代理権の範囲は民法で明確に規定されており、その行使に当たっては、成年後見人は本人の意思を尊重しなければならない（民法第7条から第9条まで、第858条）。保佐人については、同意権及び取消権の範囲が民法で規定されているほか、家庭裁判所は、本人の判断能力の程度や必要性に応じて、審判により、特定の法律行為について個別に保佐人に代理権を付与し、あるいは同意権や取消権の範囲を拡張することができるが、本人以外の者の請求により代理権付与の審判をするには、本人の同意がなければならない（民法第13条、第876条の4）。補助人の同意権及び取消権並びに代理権の範囲については、家庭裁判所が本人の判断能力の程度や必要性に応じて個別に定めることができるが、本人以外の者の請求により同意権等の付与の審判をするには、本人の同意がなければならない（民法第17条、第876条の9）。

78. 家庭裁判所は、後見人、保佐人及び補助人の事務を監督し、いつでも、これらの者に事務の報告等を求めることができる（民法第863条、第876条の5第2項、第876条の10第1項）。このような措置により、司法機関による審査が確保されている。また、本人の判断能力が回復した場合には、家庭裁判所が後見開始、保佐開始及び補助開始の審判を取り消すことができ（民法第10条、第14条第1項、第18条第1項）、これにより、障害者の状況に適合した措置をとることを可能としている。

○ 第1回政府報告に関する障害者権利委員会からの事前質問における障害者権利条約第12条に関する記載（抜粋）

法律の前にひとしく認められる権利（第12条）

11. 以下のために講じた措置についての情報を提供願いたい。

(a) 障害者が法律の前にひとしく認められる権利を制限するいかなる法律も撤廃すること。また、民法の改正によるものを含め法的枠組み及び実践を本条約に沿ったものとする。事実上の後見制度を廃止すること。また、代替意思決定を支援付き意思決定に変えること。

(b) 法的能力の行使に当たって障害者が必要とする支援を障害者に提供すること。

(c) 全ての障害者が法律の前にひとしく認められる権利及び意思決定のための支援を受ける権利について意識の向上を図ること。特に、障害者とその家族、司法の専門家、政策立案者及び障害者のためあるいは障害者と共に行動するサービス提供者を対象とするもの。

○ 日本に対する第1回政府報告の審査における委員からの質問（「条約が代行決

定を廃止することを規定していることを踏まえて、日本においては、石川委員長が述べたように、後見制度の下にある本人について、後見人により意思決定がされる傾向があり、なお後見制度の下におかれているという状況とされている。政府は、このような制度を終わらせるためのプランを説明することができるか」に対する日本政府の回答の概要

1. 日本は、行為能力制限の撤廃の可能性も否定しない形で、成年後見制度の包括的な見直しを行っているところであり、そこでは、障害者権利条約の趣旨も考慮しつつ、日本の障害者対策に適合した制度の在り方を真摯に検討している。
2. 現行制度の下においても、我が国では、障害者権利条約第12条の趣旨を踏まえて、成年後見制度の運用改善に向け本人の意思決定支援の取組も進展している。その中では、意思決定支援や身上保護等の観点が重視されている。また、成年後見制度の見直しに関与する当事者からは後見類型の撤廃ではなく、適切な時機に必要な範囲・期間で利用することを可能とする制度とすることを求める声もある。代行類型を撤廃することが本当に障害者の保護に資するのか、障害者の意見を十分に聴取し、日本の障害者政策として適切な制度を設計する必要があると考えている。
3. 日本政府としては、障害者権利委員会が、一般的意見において、支援付意思決定モデルへの転換を前提に、意思決定能力がある本人に対する法的行為能力の制限を撤廃すべきとの見解を示していることはよく理解している。
その上で、日本としては、①諸外国に対する障害者権利委員会の勧告状況や障害者権利条約への対応の状況も十分に調査し、②日本においては法的行為能力の制限は、本人保護の要請からくるものであることを踏まえ、法的行為能力制限を撤廃することにより障害者が経済的な損失を被ることにならないかなども含めて十分に検討する必要がある。
4. 基本計画は2022年4月からの5か年計画であり、政府としては、その期間内（2027年3月まで）の見直しを目指している。

(3) 障害者権利委員会の総括所見

令和4年10月に公表された障害者権利委員会による総括所見では、障害者権利条約第12条に関連し、勧告がされた（後記第3の1(2)）。

なお、本研究会のヒアリングにおいて、総括所見について、「総括所見の中では、行為能力の制限を正当化する法制度を撤廃することを求めています。また、代行決定の仕組みを廃止して、法的行為の行使を支援する仕組みを構築するように求めています。」との説明がされた。

第3 成年後見制度に対する問題点の指摘及び見直しの必要性並びに見直しの検討に際しての基本的な視点

1 成年後見制度に対する問題点の指摘及び見直しの必要性

(1) 第二期基本計画の記載

第二期基本計画では、成年後見制度の見直しに関する指摘について、以下のとおり記載されている。

成年後見制度については、他の支援による対応の可能性も踏まえて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べき（必要性・補充性の考慮）、三類型を一元化すべき、終身ではなく有期（更新）の制度として見直しの機会を付与すべき、本人が必要とする身上保護や意思決定支援の内容やその変化に応じ後見人等を円滑に交代できるようにすべきといった制度改正の方向性に関する指摘、障害者の権利に関する条約に基づく審査の状況を踏まえて見直すべきとの指摘、現状よりも公的な関与を強めて後見等を開始できるようにすべきとの指摘などがされている。

(2) 障害者権利委員会による総括所見における勧告

前記のとおり、令和4年10月に公表された障害者権利委員会による総括所見では、条約第12条に関連し、次の内容の勧告がされている。

28. 一般的意見第1号（2014年）法の前にひとしく認められることを想起しつつ、委員会は、以下を締約国に勧告する。

- (a) 意思決定を代行する制度を廃止する観点から、全ての差別的な法規定及び政策を廃止し、全ての障害者が、法の前にひとしく認められる権利を保障するために民法を改正すること。
- (b) 必要としうる支援の段階や様式にかかわらず、全ての障害者の自主性、意思及び選好を尊重する支援を受けて意思決定をする仕組みを設置すること。

(3) 本研究会における指摘

本研究会においては、現行の制度について、成年後見等が開始すると、判断能力が回復しない限り、成年後見制度の利用を継続する制度となっているが、本人やその家族において、後見等開始の申立ての動機となった課題が解決し、本人を取り巻く環境に照らして成年後見等を終了してもよい場合があり、また、そもそもこのような現行の制度は必要などきだけ使いたいというニーズに合わないという趣旨の指摘、成年後見等開始のニーズが財産管理から身上保護に移行しても専門職後見人等の交代が実現せず、本人にとって必要な保護が十分に受けられていないのではないかという趣旨の指摘、取消権は精神上的障害を理由として本人の行為能

力を制限し、特に後見の種類については、日常生活に関する法律行為を除き、成年後見人に包括的な取消権が付与されていて保護が過剰である等の指摘がみられた。

(4) 小括

ア (1)から(3)までを踏まえて、成年後見制度の問題点の指摘の整理を試みると、大きくは次のように整理することができるように思われるが、どのように考えるか。また、この他にも、例えば、実際に成年後見制度を利用するに当たって利用しにくい点や問題点があるか。なお、後見人等の報酬については、報酬の決定についてできるだけ予測可能性の高い制度にすべきなどといった指摘があるが、この点は報酬について取り上げる際に整理を試みたい。

(ア) 成年後見制度利用の動機となった課題が解決し、本人やその家族において、家族や他の支援によって成年後見制度の利用の必要がないと考えた場合でも、判断能力が回復しない限り成年後見制度が継続し、本人にとって必要な限度を超えて本人の行為能力が制限されること。

(イ) 本人の成年後見制度の利用のニーズの変化に応じて、後見人（特に専門職後見人）の交代が実現せず、本人のニーズに合った保護を十分に受けることができないこと。

(ウ) 本人の自己決定の尊重を更に重視する（自律の保障と捉えるべきとの指摘もある）観点からすると、成年後見制度の取消権（その前提としての同意権）や代理権が広すぎること。

イ また、かねてより認知症の者など潜在的に想定される利用者の数に比べて成年後見制度の利用状況が低調であるとの指摘がされているが、その背景には、上記のような制度の当事者目線での使いづらさや行為能力制限を伴う成年後見制度の仕組みが制度の適切な利用を躊躇させる一因となっている可能性があるとも考えられるところ、潜在的に想定される利用者の数の設定も含めて、利用が低調であると指摘される現状の具体的な原因について、どのように考えるか。

2 見直しの検討に際しての基本的な視点

(1) 民事基本法制としての成年後見制度の位置付け

前記1の成年後見制度の問題点について、見直しの検討をするに際しては、成年後見制度が民法上の制度であって、本人の財産の管理など財産に関する本人の保護の要請が存在し（法定後見制度の法的行為能力の制限は、本人保護の要請からくるものである。）、本人の自己決定の尊重と本

人の保護とが緊張関係にあると考え得る場面があることに留意をする必要があると考えられる（本研究会でも指摘されている場面として、本人が騙されていたり、虐待にあっていたりする場合に、本人がそれを受け入れてしまって周囲の支援者の話を聞いてくれないときなどがある。）。また、民法は私人間の法律関係を規律するものであるが、本人と取引関係に入ろうとする者や取引関係に入った者について保護されるべき利益が存在することにも留意する必要があると考えられる（例えば、成年後見制度では、行為能力の制限がされていることを後見登記により明らかにしているし、制限行為能力者の相手方は、追認するか取り消すかを催告することができる。）。

したがって、成年後見制度の見直しを検討するに当たっては、成年後見制度が民法上の制度として設けられている趣旨にも留意しながら、民事基本法制としてどのような制度が望ましいのかという観点を踏まえて検討を進めることが重要であると考えられる。

(2) 第二期基本計画における成年後見制度の位置付け等

また、第二期基本計画では、成年後見制度の利用促進につき、単に利用者の増加を目的とするのではなく、全国どの地域においても、制度の利用を必要とする人が、尊厳のある本人らしい生活を継続することができる体制の整備を目指すものでなければならないとされ、成年後見制度を権利擁護支援の重要な手段の一つと位置付けた上で、成年後見制度を含めた総合的な支援として権利擁護支援を充実させていくという基本的な考え方が次のように示されている。

権利擁護支援とは、地域共生社会の実現を目指す包括的な支援体制における本人を中心とした支援・活動の共通基盤であり、意思決定支援等による権利行使の支援や、虐待対応や財産上の不当取引への対応における権利侵害からの回復支援を主要な手段として、支援を必要とする人が地域社会に参加し、共に自立した生活を送るという目的を実現するための支援活動であると定義することができる。権利擁護支援の中でも重要な手段である成年後見制度の特長を鑑みると、基本計画における権利擁護支援とは、判断能力が不十分な人を対象としたこうした支援活動のことであるといえる。

このように、第二期基本計画では、成年後見制度を権利擁護支援の重要な手段の一つと位置付けた上で、成年後見制度を含めた総合的な支援として権利擁護支援を充実させていくという基本的な考え方が示されている。そうすると、成年後見制度の見直しを検討するに当たっては、本人の権利擁護支援として検討される成年後見制度以外の方策も見据えながら、

両者が一体となって総合的な支援としての権利擁護支援を実現していくという観点が必要であると考えられる。

(3) 障害者権利条約との関係

さらに、第二期基本計画では、障害者の権利に関する条約に基づく審査の状況を踏まえて見直すべきとの指摘があったとの記載があるが、上記第2の4のとおり、障害者権利委員会の総括所見における勧告では、総括所見の中では、行為能力の制限を正当化する法制度を撤廃することを求めており、また、代行決定の仕組みを廃止して、法的行為の行使を支援する仕組みを構築するように求めているとの説明がされている。

この点については、成年後見制度においても本人の意思を尊重することが前提とされており、また、あらゆる場面で取消権及び代理権による保護を完全に廃止することが本人のニーズや保護の要請に照らして妥当なのかという点については、慎重に検討する必要があると解される。本研究会のヒアリングでは、本人との間で対話や協力、信頼関係を築くことができないうちにまで、原理原則どおり行為能力を制限してはならず、第三者が代わって法律行為をすることができないこととするのかは根源的な課題として悩ましさがある旨や障害者権利委員会の勧告の考え方の本質的な部分を活かしつつ、現実的には意思決定支援の可能性が尽きた場合の最終的な方法としての代行決定の仕組みは残さざるを得ない旨の指摘がされており、同指摘は上記の取消権や代理権による保護を完全に廃止することについて、慎重に検討する必要があるとの考え方と矛盾しないものであると考えられる。

これらを踏まえ、成年後見制度の見直しを検討するに当たっては、本人の自己決定をより尊重する観点から、取消権及び代理権による保護の範囲等を改めて検討することにより、障害者権利委員会の総括所見による勧告の趣旨を実現するという観点からの検討が重要であると考えられる。

第4 成年後見制度の基本理念等

(前注) 現行の成年後見制度の問題点について検討するに当たっては、まず、成年後見制度の基本理念や成年後見制度が担うべき役割、成年後見制度の対象となる者について整理することが有用であると考えられる。もっとも、ここでは見直し後の制度について議論していることから、ここでの「成年後見制度」は、現行法の成年後見制度(判断能力の不十分な本人を保護する制度)とは異なる概念になり得ることに留意する必要がある。

1 成年後見制度の基本理念等

成年後見制度の基本理念は、本人の自己決定の尊重等の理念と本人保護の理念の調和を図ることで、判断能力の不十分な本人を保護、支援することであると考えることができると思われるものの、本人の自己決定の尊重等の理念については、誰でも意思決定の主体となることができるという意思決定能力推定の原則やインクルージョンという新たな理念が福祉の分野で広がっていることにも留意する必要があるとの指摘があることも踏まえ、引き続き制度の見直しの検討と並行して検討するものとするについて、どのように考えるか。

(補足説明)

1 成年後見制度の基本理念

(1) 基本理念を確認する必要性

成年後見制度は、制度を利用する本人を中心に、本人の家族(親族)、後見人等として関与する者、本人の日常生活を支える福祉関係者、本人と取引関係にある者等、本人を取り巻く様々な者が関わる制度である。そして、関係者の立場によって望ましい制度の在り方は異なると考えられる。

そのような背景がある中で、成年後見制度をより「望ましい」制度とするための見直しを検討するに当たっては、制度設計を支える基本理念の次元において検討しておくことが重要であると考えられ、本研究会においても、同趣旨の指摘がされている。

そして、基本理念を検討するに当たっては、成年後見制度が民事法制上どのような制度として位置付けられるものであるかという点だけでなく、第二期基本計画において志向される総合的な権利擁護支援策の一つとして、成年後見制度がどのような役割を担うものであるかといった観点にも留意するなど多角的に検討して、可能な範囲で共通認識を形成しておくことが必要かつ重要であるものと考えられる。

(2) 現行の成年後見制度の基本理念等

現行の成年後見制度について、その基本理念は、上記第1の1記載のとおり、一般的に次のように理解されてきた。すなわち、成年後見制度は、旧来の民法の制度であった禁治産及び準禁治産について、柔軟かつ弾力的な利用しやすい制度にすることへの社会的要請の高まりなどを踏まえ、自己決定の尊重、残存能力の活用、ノーマライゼーション等の現代的な理念と従来本人の保護の理念との調和を図りながら、できる限り利用しやすい制度を実現することを目指して、平成11年にこれを改正した上、新たに任意後見契約法を定めるなどして設けられた

制度であり、認知症、知的障害、精神障害などの理由で判断能力の不十分な者の保護や支援を目的とするものである。

このような基本理念の背景には、本人の判断力が全く失われていない限り、本人の能力等を尊重し生かすことが重要であることを前提として、本人の自律や自己決定を尊重するものの、自律とは自分で決めたことに責任を負うということであるから、本人の判断力に鑑みてその結果を引き受けることが酷であると考えられる場合には、本人を保護すべき法律上の要請があるという考え方があるものと考えられる。

(3) 検討

第二期基本計画においても、「ノーマライゼーション、自己決定権の尊重等を基本理念とする成年後見制度は、認知症、知的障害その他の精神上の障害により判断能力が不十分な人の権利擁護を支える重要な手段であり、身上保護と財産管理の支援によって、本人の地域生活を支える役割を果たしている」として、現行の成年後見制度の基本理念についての理解がおおむね踏襲されていると考えられる。そして、本研究会では、成年後見制度の見直しを考える上で、第二期基本計画の基本的な考え方から出発するとの意見が出されている。

また、本研究会では、意思決定支援やインクルージョン等の本人の自己決定を尊重する方向に位置付けられる新たな概念が福祉の分野で広まっていることに鑑み、成年後見制度の見直しに当たってもこのような観点を重視すべきであるという趣旨の意見もあった。

そこで、上記のような観点があることにも留意しながら、成年後見制度の見直しの検討を進めつつ、並行してその基本理念についても検討をするのが望ましいと考えられるが、どのように考えるか。

2 成年後見制度が担うべき役割

(1) 現行法の規律

ア 成年後見人等の財産管理に関する規律

成年後見人は、成年被後見人の財産を管理し、かつ、その財産に関する法律行為について成年被後見人を代表すると定められており（民法第859条第1項）、包括的な代理権とこれに対応する包括的な財産管理権が付与されている。保佐人及び補助人は、代理権付与の審判がされた特定の法律行為について代理権を有し（同法第876条の4第1項、第876条の9第1項）、代理権の対象行為の範囲に応じて、代理権に付随する財産管理権を有すると解される。

成年後見人等の代理権の対象となる「財産に関する法律行為」とは、

狭義の財産管理を目的とする法律行為に限られず、身上保護を目的とする法律行為も、財産管理との関連性があるためこれに含まれ、これらの法律行為に関連する登記申請し、又は供託をしようとする行為、要介護認定の申請等の公法上の行為も、代理権の対象となり得るものと解されている。

他方で、婚姻、離婚、養子縁組、離縁、認知等の身分行為及び遺言等の一身専属的な行為は、代理権の対象とはならない。

イ 成年後見人等の身上配慮義務等に関する規律

成年後見人は、成年被後見人の生活、療養看護及び財産の管理に関する事務を行うに当たっては、成年被後見人の意思を尊重し、かつ、その心身の状態及び生活の状況に配慮しなければならないとされ（民法第858条）、保佐人及び補助人に関しても、同様の趣旨に基づく規律が設けられている（同法第876条の5第1項、第876条の10第1項）。

成年後見人等の身上配慮義務等に基づく規律は、本人の身体に対する強制を伴わず、かつ、契約等の法律行為に関する事項である限り、一身専属的な事項を除き、身上保護に関連するあらゆる事項（法律行為に当然伴う事実行為を含む。）をその対象として含み得るものと解されている。具体的には、介護及び生活維持に関する事項、住居の確保に関する事項、施設の入退所、処遇の監視及び異議申立て等に関する事項、医療に関する事項、教育及びリハビリに関する事項、就労、余暇活動及び文化的活動等を含む社会参加や本人の趣味嗜好に係る行為の支援に関する事項等がその内容として含まれ得ると考えられる。

なお、日常的に生ずる身の回り、食事の世話や介護等の事実行為自体は、成年後見人等の職務には基本的には含まれない。

(2) 成年後見人等が現実に担っている主な役割の例

成年後見人等が現実に担っている主な役割の例としては、次のようなものが挙げられる。

ア 財産管理の側面が強い場面での役割

- ① 財産の処分（例：不動産、有価証券等の売買、登記手続等）
- ② 財産の管理（例：預貯金等の管理、払戻し及び解約、保険金の受取、不動産の賃貸及び修繕、破産手続開始の申立て等）
- ③ 扶養に関する行為（例：養育費の支払等）
- ④ 相続に関する行為（例：遺産分割、相続放棄等）
- ⑤ 日常生活に関する行為（例：食料品等の購入、公共料金の支払等）

イ 身上保護の側面が強い場面での役割

- ① 契約の締結（例：介護契約、住居に関する契約、施設入所契約、医療契約及び入院契約、教育及びリハビリに関する契約、携帯電話の使用や旅行契約等）
- ② 相手方の履行の確保（例：施設内の処遇の監視等）
- ③ 費用の支払（例：介護サービス費用の支払、住居の賃料の支払、医療施設利用料等の支払、携帯料金及び旅行代金の支払等。介護及び生活維持のための社会保障給付の利用を含む。）
- ④ 契約の解除（例：住居の賃貸借契約の解除、施設の退所等）

ウ 行政手続等

成年後見人等の権限は私法上の権限であるため、公法上の行為の代理又は代行を当然に正当化するものではないが、実務上、成年後見人等が各種行政手続への関与を担うことがある。そのうち、主な場面としては次のようなものが挙げられる。

- ① 介護保険、要介護認定、健康保険等の各申請及び更新等
- ② 障害福祉サービスの受給申請等
- ③ 障害者手帳の更新等
- ④ 年金、生活保護等の社会保障給付の受領等
- ⑤ 公租公課の支出等

エ 訴訟手続等

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ず（民事訴訟法第31条。なお、家事事件手続につき、家事事件手続法第17条で準用されている。）、被保佐人及び訴訟行為をすることにつきその補助人の同意を得ることを要するものとされた被補助人についても訴訟行為の特則が設けられている（民事訴訟法第32条）。

(3) 検討

上記第3の2(2)のとおり、第二期基本計画において成年後見制度は権利擁護支援の重要な手段の一つとして位置付けられているところ、成年後見制度において期待される主要な役割は、民法上の制度として、本人が必要な法律行為を有効に実施し、又は必要な法律行為の法的効果を得るための制度を整備するという点にあるものと解される。

もとより、本人の身上保護は本人の権利擁護の観点から極めて重要であり、現行法においても、成年後見人等は、本人の身上を配慮する義務を負うことが確認されており、意思決定支援においては本人の状態や選好についての理解を深めることは重要であると思われる。もっと

も、本人の身の回りの世話、日常の買い物や食事の介助等の事実行為をすることは、成年後見人の役割（法的な義務）に含まれるものではないと解することになると思われる。

また、従前成年後見人等が現実に担ってきた役割の中には、本人やその支援者が、適切な支援や必要なサービスを利用しながら担うことができるものがあり得る点にも留意する必要があると考えられる。

上記のような観点を踏まえ、成年後見制度に関する見直しを検討する上で、成年後見人等が特に必要となる主要な場面や役割としては、例えば、施設入所契約、遺産分割、相続放棄等の日常生活の範囲を超えた法律行為を代理する場面、同居親族や入所施設関係者など身近な人による不当な干渉への対応を要する場面、悪徳業者など本人とは身近な関係ではない第三者による不当な干渉への対応を要する場面等があると考えられるが、このような場合のほか、特に留意すべき場面や役割等はあるか。

2 成年後見制度の対象者

成年後見制度が、基本的には、精神上的障害により判断能力が不十分な者を保護、支援する制度であることを前提に検討を進めることについて、どのように考えるか。

(補足説明)

1 検討の必要性

成年後見制度の基本理念や成年後見制度が担うべき役割といった基本的問題の検討を深めるには、そこで検討する成年後見制度の対象者についても整理をしておく必要があると考えられる。

2 現行法の規律

現行の成年後見制度は、精神上的障害により判断能力が不十分な者について、財産の管理とその財産に関する法律行為の代表を通じて、保護するための民法上の制度である。その前提にある考え方は、以下のとおりである。

すなわち、民法は、対等な私人間の権利義務の関係（法律関係）を一般的に規律の対象とする法である。民法上、人は、その意思決定により自由に権利義務関係を規律することができるとの原則（意思自治の原則、私的自治の原則）が妥当している。意思自治の原則は、人が意思決定をできることを大前提として、意思決定の結果行われた意思表示を要素とする法

律行為に拘束力を認めるものである。そして、成年後見制度は、精神上の障害により判断能力が不十分であるため、契約等の法律行為における意思決定が困難な者について、そのままでは当該意思表示を要素とする法律行為に拘束力を認めることが難しい場合があることから、成年後見人等の機関がその判断能力を補うことによって、判断能力の不十分な者の生命、身体、自由、財産等の権利を擁護することを目指す制度である。このような理解からすれば、現行の成年後見制度は、精神上の障害により判断能力の不十分な者が、法律行為の前提となる意思決定をすることが困難であることに着目し、私法上の法律関係を築くための手当てをする制度であるといえることができる。

3 検討

(1) 「判断能力の不十分な者」を対象とすることについて

第二期基本計画における権利擁護支援とは、判断能力が不十分な人を対象とした支援活動とされており、その重要な手段である成年後見制度の対象者を「判断能力の不十分な者」とすること自体について、本研究会では大きな異論はみられなかった。

もともと、「判断能力の不十分な者」という表現については、否定的な印象を与える表現であるなどの観点や要件としての分かりやすさの観点から、用語について見直すことを検討することが望ましいのではないかとの意見もあった。

(2) 「精神上の障害」を原因とする旨の限定を設けることについて

現行の成年後見制度において、判断能力の不十分な状況にある原因を「精神上の障害」に限定することについては、未成年であることにより判断能力が不十分な者と区別する趣旨であり、見直し後の成年後見制度においても、そのような者を制度の対象者としないうこと自体について、本研究会では異論はみられなかった。

もともと、「精神上の障害により」という文言により限定を付すことについては、否定的な印象を与える可能性のある表現であるという観点や、「精神上の障害」との文言を入れることによって法律行為を自ら単独で確定的に有効に行うことができるかどうかを医学的評価により認定することに結び付きやすいという観点から、見直すことが望ましいという意見もあった。

(3) 身体に障害のある者を対象とすることについて

身体に障害のある者を対象とすることについては、所要の判断能力を有しているのであれば、意思を表出するに際して必要な支援は、福祉

等による総合的な権利擁護支援策により支援する場面と整理する方が民事基本法制の在り方として明瞭であること、成年後見制度は、本人に対する様々な制約があり得る制度であり、国際的にも限定的に用いていくという議論があること等の観点から、制度の見直しによってその対象者を拡大するような方向性について慎重な立場からの意見があった。

ただし、本人の同意があるような強制の要素が小さい類型については、例えば、重度の身体障害者など、意思を形づくることに問題がないとしても、それを表現することに困難がある人たちの人にも対象を広げることが検討する余地はあり得るのではないかという観点の意見もあった。

この点について、現行の成年後見制度の立案段階における検討では、重度の身体障害を補助開始の要件に含めることの適否について検討課題とされていたものの、意見照会の結果、身体障害者団体の意見の大多数が消極、反対であったことや、昭和54年の民法改正において「聾者、啞者、盲者」を準禁治産制度の対象から除外した際の議論の状況等も考慮して、身体障害者については成年後見制度の対象とはしないこととされた。その際、ノーマライゼーションの理念に即した身体障害者の取引上の利益の保護のためには、任意代理制度や事実上の補助者の活用のほか、社会福祉立法や施策の中で身体障害者のコミュニケーション手段等に関する全般的な支援態勢の整備を進めていくことにより、その権利擁護を図っていくのが相当であると考えられた。

現在においても、意思決定を対外的に表出することを困難にするような身体的障害としては、目が見えない、口がきけない、耳が聞こえないなど、様々なものが考えられるところ、このような身体的障害に応じた福祉等の観点からの支援は、必ずしも人的支援に限定する必要はなく、意思疎通に役立つ電子機器の活用等を含め、多様な支援の形があり得ると思われる。また、現行の民事法制上設けられている「通訳人による通訳」（民法第465条の7、第969条の2）も、多様な支援の在り方の一つとして位置付けることができると考えられる。

(4) 「法律行為を行うことに支援の必要な者」を対象とすることについて

本人の判断能力の程度を基準として対象者を定めることに慎重な立場からは、制度の対象者を「法律行為を行うことに支援の必要な者」と設定すること等の提案がされた。

これに対しては、身体的な障害により意思疎通が困難な者が対象者

に含まれるように見えるという観点や、支援の必要な者に支援をつけるというのはトートロジーであり、支援が必要であるか否かを判断する基準が明確でないという観点からの指摘があった。

第5 法定後見制度における取消権

本人の判断能力の程度を考慮して、本人がした法律行為を取り消すことができる権限を認める制度に関しては、本人の請求又は同意などがある場合に法律行為を取り消すことができる権限を認めることを可能とする規律を設けることが考えられるとの意見があることを踏まえつつ、更に検討をするものとするについて、どのように考えるか。

(注1) 本人の請求又は同意があるとはいえない場合においても一定の場面では取消権を認めることについては、引き続き検討を要するとの考え方がある。

(注2) 本人の保護を任務として選任される者（以下「保護者」という。）の同意を必要とする法律行為の取消権者については、①保護者の同意を得ないでしたものは本人が取り消すことができるとする考え方、②保護者の同意を得ないでしたものは本人又は保護者が取り消すことができるとする考え方がある上に、保護者が取り消しをする場合には一定の要件を設ける考え方がある。

(補足説明)

1 現行の制度の概要

(1) 現行法の規律

取消権とは、本人は有効な法律行為をすることができ、本人に有利な行為であればその効力を本人の利益のために援用することができるが、本人に不利益な行為であれば、取消権者がこれを取り消すことができるという権利である。取り消すことができる行為は、取り消されるまでは有効であるが、これを取り消すことによって、初めから無効であったものとみなされる（民法第121条本文）。

現行の成年後見制度の各類型における取消権の規律について概観すると、次のとおりである。

ア 後見の類型は、精神上の障害により事理を弁識する能力を欠く常況にある者を対象とするものであり、本人（成年被後見人）が自ら行った法律行為は、日用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（民法第9条）。

後見の類型では、本人（制限行為能力者としての成年被後見人）及び成年後見人（法定代理人としての成年後見人）が、これを取り消すことができる（同法第120条第1項）。

イ 保佐の類型は、精神上の障害により事理を弁識する能力が著しく不十分な者を対象とするものであり、保佐人の同意を得ることを要する行為（重要な財産上の行為として民法第13条第1項各号に列挙される行為のほか、個別の審判により、保佐人の同意を要するものとされた行為）について、本人（被保佐人）が保佐人の同意等を得ないでしたものは、取り消すことができる（民法第13条第4項）。

保佐の類型では、本人（制限行為能力者としての被保佐人）と保佐人（同意権者としての保佐人）がこれを取り消すことができる（同法第120条第1項）。

ウ 補助の類型は、精神上の障害により事理を弁識する能力が不十分な者を対象とするものであり、本人（被補助人）の請求又は同意に基づき、個別の審判により定められた特定の法律行為についてのみ、補助人に同意権を付与し、補助人は、本人が補助人の同意を得ずにその特定の法律行為を行った場合には、これを取り消すことができる（同法第17条）。

補助の類型では、本人（制限行為能力者としての被補助人）と補助人（同意権者としての補助人）がこれを取り消すことができる（同法第120条第1項）。なお、補助人に代理権を付与する場合には、同意権を付与しない（補助人の同意を要する法律行為を設けない）ことも可能である。

エ 各類型の取消権に関する概要は、以下の表のように整理することができる。

なお、補助人及び保佐人の取消権と成年後見人の取消権とは、同意を前提とするものであるかどうかという点で、その性格を異にする。すなわち、補助人又は保佐人の取消権は、本人が補助人又は保佐人の同意（又は家庭裁判所による同意に代わる許可）を得ずに同意権の対象である特定の法律行為をした場合に、補助人又は保佐人において当該法律行為を取り消すことができるというものである。そして、同意権者は常に取消権を有するものとされているため（民法第120条第1項）、補助人又は保佐人の同意権と取消権の対象行為の範囲は、常に一致することとなる。その意味で、補助人又は保佐人の取消権は、補助人又は保佐人の同意権と表裏の関係にあるものといえる。

これに対し、成年後見人は、そもそも本人による法律行為について同意権を有するものではなく（民法第9条本文は、成年被後見人が法律行為をすることに関し、成年後見人が同意を与えることについて規定していない。）、成年後見人の取消権は、同意権を前提とするもの

ではない。

		補助開始の審判	保佐開始の審判	後見開始の審判
要件	<対象者> (判断能力)	精神上の障害により 事理を弁識する能力が 不十分な者	精神上の障害により 事理を弁識する能力が 著しく不十分な者	精神上の障害により 事理を弁識する能力を 欠く常況にある者
同意 権 ・ 取 消 権	付与の対象	申立ての範囲内で 家庭裁判所が定める 「特定の法律行為」 *付与されない場合もある	民法13条1項各号 所定の行為 *要同意事項の追加 可能(民法13条2項)	日常生活に関する行為 以外の行為
	付与の 手続	補助開始の審判 +同意権の付与の審判 +本人の同意	保佐開始の審判 *要同意事項の追加に 本人の同意は不要	後見開始の審判
	取消権者	本人・補助人	本人・保佐人	本人・成年後見人

オ また、補助、保佐及び後見の開始の審判がされたこと及び補助人又は保佐人の同意を得ることを要する行為が定められたときのその行為については登記され、一定の範囲の請求権者は登記事項証明書の交付を請求することができる(後見登記等に関する法律第4条、第10条)。

(2) 現行の制度の趣旨

ア 現行の成年後見制度は、判断能力が低下した者に関して、適切な者に本人のために契約等の法律行為の代理をさせ、又は本人が法律行為をするに当たって同意を与えることにより制限された部分を補完するとともに、本人が自ら代理によることなく、又は同意を得ないままにした法律行為は取り消すことができることとしている。このように、判断能力の程度を原因として取消権が発生する仕組みを設けることにより、本人を保護する手法を採用したものと見える。

本人の判断能力に応じて定型的に行為能力を制限し、それを登記によって公示するという手法が採用された背景には、契約等の法律行為の都度、本人がその意味を理解することができるかどうかを判断するとすれば、契約締結後に契約の効力が争われる事態が頻発して取引の安全を害し、また、それを予防するために取引ごとに本人の判断能力を慎重に審査するために取引が停滞し、判断能力に少しでも疑いがある者とは取引を避ける傾向を生み、結局は本人が生活を営むに当たり各種の不便が生じることになりかねないことが懸念されたこと等も考慮されたものと考えられる。

このような観点からすれば、現行の成年後見制度における取消権は、判断能力の十分でない者が取引をすることによって損害を被ることを防止し、判断能力の不十分な者を保護することを目的とするものと考えられる。

本研究会では、制限行為能力制度における取消権は、本人が単独で法律行為をする可能性を一般的、抽象的に否定するという性質を持つという観点から、精神上的障害を理由として本人の自己決定権を制約する性質を有するものであることを懸念する指摘がある一方、判断能力の不十分な者に対する保護や支援についてパターンリズムの観点を完全に払拭することは現実的ではないという観点から、取消権による保護をある程度評価する趣旨の指摘もあった。また、取り消すことができる行為が不確定有効として取り扱われることから、本人が自らした行為を事後的に取り消すか否か決めることができる点に着目し、試行錯誤的な選択の余地を本人の自己決定に委ねるといった性質があることにも留意すべきであるという趣旨の指摘もみられた。

イ また、取消権の制度は、本人保護の実効性を有する制度と考えられている。平成11年民法改正時には、取消権の付与は本人の法的権利を強化する作用を果たすもの、すなわち、判断能力を欠く者及び判断能力が著しく不十分な者を対象とする後見及び保佐の類型においては、本人保護の実効性の観点から、判断能力の程度に応じて一定の範囲の取消権の付与を法定しておくことが必要かつ相当であると考えられていた。そして、一般に、契約当時における意思能力の欠如又は意思表示の瑕疵（詐欺、強迫、錯誤等）の立証は、実際には著しく困難であると考えられること（東京地判平成8年11月27日判時1608号120頁等参照）等も踏まえると、意思無能力、公序良俗違反等の民法上の他の一般的な救済策や消費者契約法上の取消権に比べて、制限行為能力制度に基づく取消権は、主張や立証の容易さ等の観点で優れていると考えられ、現在においても本人保護の実効性があると考えられる。

本研究会では、後見相当とされる本人のうち遷延性意識障害の状態にあるような本人については、自ら主体的に法律行為をすることが考え難いという指摘があった。もっとも、後見相当とされる本人は、遷延性意識障害の状態にあるようにほとんど行動することができない者に限られるものではなく、相当程度の行動が可能である者の存在も想定され、自ら法律行為（日常生活に関する取引に限らない。）

をすることが可能であるケースの存在も否定することができないように思われ、遷延性意識障害の状態のようなケースを念頭に取消権が不要であるとの考え方をどこまで一般化して広げることができるのかについては、慎重に見極める必要があると考えられる。

また、本研究会では、本人が問題のある取引をした場合であっても、取引の相手方の捕捉が困難であったり、本人との関係に配慮すると取消権の行使がはばかられたりするときも多く、個別の事案に即してみると、取消権の行使によって現実的な被害回復を図ることは困難である旨の指摘があり、取消権による本人保護の実効性は限定的なものにとどまるのではないかとの意見がみられた。

他方、取消権の存在が事前の慎重な意思確認を促し、また、事後の交渉や警告等において有利な材料として働く可能性があるという観点から、取消権が被害予防のための抑止力としても機能している可能性があり、そのような効果は、可視的な実績のみから判断し得るものではない点に留意する必要があるのではないかとの意見もあった。

(3) 検討の必要性

現行の成年後見制度における取消権については、精神上的障害を理由として本人の行為能力を制限し、特に後見の種類については、日常生活に関する法律行為を除き、成年後見人に包括的な取消権が付与されるという点について、そのような保護が過剰であるとの指摘がされていた。

また、上記第2の4のとおり、障害者権利委員会による勧告は、「意思決定を代行する制度を廃止する観点から、全ての差別的な法規定及び政策を廃止し、全ての障害者が、法の前にひとしく認められる権利を保障するために民法を改正すること」を求めており、本研究会におけるヒアリングにおいても、個人の能力を「ある」か「ない」かのいずれかで考える二元論や法的能力があると認められた個人についてのみ決定権の行使が保障されるという在り方について見直しを促す指摘があった。

上記のような指摘や勧告の趣旨等を踏まえ、成年後見制度における取消権に関する見直しの要否を検討する必要がある。

なお、取消しについては、どのような場合に取消権が発生するのかという問題（取消権付与の原因に関する規律の問題。現行の成年後見制度でいえば、どのような場合に後見開始の審判や保佐開始の審判をすることができるかや、保佐人や補助人の同意を得ることを要する旨の審判をすることができるかの問題であるので、これらの審判をすること

ができる原因を、差し当たり、取消権付与の原因と呼称することとする。)と、誰が取消権を行使することができるのかという問題(取消権者に関する規律の問題)とを分けて検討することが分かりやすいと考えられることから、差し当たり、これらを分けて検討することとする。もっとも、取消しの制度の在り方を検討するに当たっては、取消権付与の原因に関する規律や取消権者に関する規律、さらに取消権の付与の範囲をどのように組み合わせるかを考える必要があると考えられる。

2 取消権付与の原因に関する規律

(1) 制限行為能力制度における取消権の意義等

上記のとおり、制限行為能力制度(講学上は一般的に未成年者も制限行為能力者に含まれる。)における取消権は、本人に有利な権利を付与することにより本人を保護する制度として設けられている。また、本研究会では、現行制度のように、本人の判断能力の程度のみを基準として定型的に一定の範囲の取消権を発生させる仕組みについては、行為能力を一律に制限するものであることから、本人の自己決定の尊重を更に図るべきであるし、障害者権利委員会の勧告等において行為能力の制限を正当化する法制度の撤廃が求められていることに照らし、見直しを検討すべきであるという趣旨の意見が多数みられた。

もっとも、制限行為能力制度における取消権について、これを全面的に撤廃すべきであるとまでの意見はみられず、本人の保護を十全に図るためには、例外的に取消権を設けることが必要な場面があるのではないかという問題提起に対して、その程度の差があるものの、例外的に取消権を設けることが必要な場面があるという方向で更に検討をすべきとの意見が多く出された。

(2) 検討

ア 判断能力の低下のみを原因として取消権を付与する考え方

上記のとおり、本人の判断能力の程度が低下していることを取消権付与の原因とする現行の制度が、本人の保護において実効性を有するものであることからすると、本人の判断能力の程度が低下していることを取消権付与の原因とする規律を維持することが考えられる。

もっとも、本研究会では、現行制度のように本人の判断能力の程度のみを基準として(本人の請求又は同意(以下「同意等」という。))を要件とすることなく)取消権付与の原因とする規律(特に、判断能力を欠く常況にある本人のした法律行為について、ほぼ全面的に取

り消すことのできる行為とするような規律)については、保護が過剰であることや障害者権利委員会からの勧告の趣旨から、これを維持することに慎重な意見が多く出された。

その一方で、本人の自己決定の尊重と本人の保護の緊張関係を踏まえ、一定の場合には本人の判断能力の程度が低下していることを(本人の同意等がない場合にも)取消権付与の原因として考慮することが必要であるとする意見が多く出された。

なお、判断能力の程度の低下を取消権付与の原因とするとしても、現行の保佐や後見の制度のように、判断能力の程度に直結して取消権付与の範囲を定める規律については、これを見直し、個別具体的な事案における現実の取消権のニーズを考慮して取消権付与の対象となる行為を定めるべきであるとの考え方を支持する意見が多くあった(この点については、法定後見制度の開始要件における必要性や補充性に関する検討と重なるところが多いことから、詳細は下記第7を参照されたい。)

イ 判断能力の低下に加えて、本人の同意等を要件として取消権を付与する考え方

その上で、本研究会では、本人の自己決定を尊重する観点からは、本人がある種の自衛的な予防措置として、自ら積極的に行為能力の制限を望んだ場合については、自己決定に基づく行為能力制限を認めることは差し支えないのではないかとの考慮の下、本人の同意等があることを要件として、判断能力の程度を考慮した取消権付与の原因とすることが考えられる旨の意見が出された。

このように本人の同意等を常に要件とする場合には、本人の同意等が積極的にあるとは認められないときについて、取消権による保護がされないこととなるが、これが本人保護の実効性等に照らして相当かという観点からの指摘があった。この点については、例えば、判断能力の程度が現行の後見相当であっても、本人が納得して客観的に不合理な財産減少行為を繰り返している場合や、親族に際限なく送金して生活を困窮させている場合には、本人の同意等が積極的には得られないときもあると思われ、そのようなときに取消権を用いることなく本人の保護を十分に図ることができないケースもあるように思われる。また、本人において、同意等があるというために必要な判断能力があると認められないときにも、取消権による保護がされないこととなると考えられる。本研究会においても、このような場面において、取消権による保護がされないことが妥当なのかとい

う趣旨の懸念が示された。

このような指摘を踏まえ、本人による同意等があるとまでは認められない場合に取消権を付与することの許否については、取消権による保護の要否を具体的な事例に即して検討することも含め、更に検討を深めるとともに、本人の自己決定権に照らした許容性等についても十分に検討した上で、引き続き検討を要するものと考えられる。

ウ その他の考え方

その他に、消費者契約法第4条第3項第7号の規律を参考に、加齢又は心身の故障という原因に基づく取消権を拡充すること等も考えられるが、この規律は、加齢やうつ病、認知症等の心身の故障により消費者が契約の締結に関し合理的な判断ができない事情を不当に利用して、商品、役務に係る契約を締結させる消費者被害について、消費者契約の特性を踏まえた上で、困惑を要件としつつ、それと結びつく事業者の不当性の高い行為を類型化することにより、明確かつ具体的な要件をもって消費者に意思表示の取消しを認めるべき場合を規定することが適当であるとして、設けられたものであり、このような規律を拡充し、一般法である民法に設けることが相当なのかという観点から慎重な検討を要すると考えられる。

エ 小括

本研究会の議論を踏まえると、本人の判断能力の程度を考慮した取消権付与の原因を定めることの方針について、以上のように整理した上で更に検討をすることが考えられるが、どのように考えるか。

3 取消権者に関する規律

(1) 取消権者の規律の意義

現行の制度では、行為能力の制限によって取り消すことができる行為は、制限行為能力者又はその代理人、承継人若しくは同意をすることができる者に限り、取り消すことができるとされており、判断能力の不十分な本人は制限行為能力者として、成年後見人はその代理人として、保佐人及び補助人は同意をすることができる者として、取消権を行使することができる。このような規律は、取消権という救済手段と、その現実の行使を担保する保護者の選任とを組み合わせるものと理解することができる。

(2) 検討

ア 現行法において、制限行為能力者も、自己がした取り消し得る行為は、制限行為能力のまま、自ら単独に確定的な効力をもって取り消すことができる（ただし、有効な取消しには意思能力が必要である）。見直し後の制度においても、取消原因がある場合に、本人が取消権を行使することを認めることに反対する意見はみられなかった。

その上で、本人のみが取消権を行使することができるとの規律を設けること（取消権の代理行使を授権された第三者が代理権を行使することはできるが、第三者がそのような授権に基づかずに代理権を行使することができないこととする）が考えられる。

もともと、本人が自力で適切に取消権を行使することができない状態にある場合には、その行使を現実的に支援する者が身近に存在しない限り、保護の実効性を欠くことになりかねず、また、平成11年民法改正前の保佐人には同意権のみが認められていたところ、保佐の実効性について疑問が投げられ、取消権を認める現行の制度となったことを踏まえると、本人のみが取消権を行使することができるとの規律については、更に慎重に検討する必要があると考えられる。

また、現行の民法には、制限行為能力者の相手方には催告権が認められており、制限行為能力者が行為能力者となった後はその者が、行為能力者とならない間はその法定代理人、保佐人又は補助人が催告の相手方とされている（第20条）など、本人に加えて保護者が取消権者となることを前提とする規律が設けられていることから、取消権者を本人に限定する場合には、これらの制限行為能力による取消しと一連の関係にある規律への影響を踏まえた検討をする必要があると考えられる。

イ 本研究会では、本人に被害認識がなくても、客観的に権利侵害が明らかでない場合には、その回復支援の一つとして、第三者による取消権等の行使が必要な場合があると考えられるため、第三者に取消権を付与する仕組みは存置せざるを得ないのではないかと意見があった。その上で、本人以外の第三者に取消権を与えることについては、保護者が本人の意思に沿わない形で取消権を行使することもあり得るため、可能な限り慎重に考えることが望ましいという観点から、例えば、第三者への取消権の付与について本人の同意等がある場合等、一定の場合に限り、第三者に取消権を付与することが考えられる。

本研究会では、この点に関連し、本人の自己決定権に配慮する観点から、第三者による取消権の行使に当たっては、例えば、本人に回復不可能といえるような多大な損害が発生しているにもかかわらず、

本人が取消権を行使しない場合等に限定して行使可能とするような仕組みを設けることが考えられるとの指摘があった。

他方で、第三者への取消権の付与を本人の意思にかからしめる場合（これは、取消権の代理行使の授権と整理することができる。）には、本人による同意等が積極的に認められないときや、本人が所要の判断能力を有していないときについて、十分な保護を図ることができないこととなるとの問題があると考えられる。この場合にも、取消権の行使に一定の制限を設ける上記のような考え方などを参考に、本人に回復不可能といえるような多大な損害が発生しているにもかかわらず、本人が取消権を行使しないときに第三者に取消権を付与することを認める規律を設けることが考えられる。

ウ さらに、本人の保護を図る観点から、取消権者に関する現行の規律を維持し、本人のほか、その代理人や同意権者が取消権を行使することができることとすることが考えられる。

この点について、本研究会では、第三者が本人の意に沿わない形で取消権を行使し得ることが制度として許容されているという懸念に基づく指摘がみられた。

これに関しては、現行の制度においても、成年後見人等は、民法第858条により本人の意思を尊重する義務を負うものであり、取消権の行使に当たっても適用があるところであるが、取消権の行使に当たっては、その法的性質に照らし、より本人の自己決定を尊重し、取消権を謙抑的に行使することを担保するような仕組みを設けることが考えられる。例えば、取消権の行使に当たり、本人の意思を確認することを義務付けたり、本人の意思に明確に反する場合には取消権を行使することを制限したりするような規律を設けることが考えられる。

エ なお、取消権者の規律の検討に当たっては、これが財産法上の法律行為に関する議論であることから、取引の安全性や、取引の相手方の保護という観点も無視することができないと考えられ、例えば、上記のとおり、相手方の催告の規律等との整合性について、きめ細かい検証が必要となると考えられる旨の指摘があった。

オ 本研究会の議論を踏まえると、取消権者の規律の考え方について、以上のように整理した上で更に検討をすることが考えられるが、どのように考えるか。

4 取消権に関する規律を見直す場合の本人保護の方策等

(1) 検討の必要性

取消権が生ずる場面を現行の規律よりも狭くする場合には、本人のした法律行為の効力について事後的に争う（争われる）際の本人保護の規律が変わることとなる（例えば、本人が自宅を売却する契約を締結した場合においてその契約の効力を争うときは、契約時に意思能力がなかったことや、詐欺等の取消事由があったことを自ら主張し、立証しなければならない場合が生じると考えられる。）。

そこで、意思無能力の法理、民法第90条の適用といった他の民法上のより一般的な仕組みや、消費者契約法その他の法制度による保護による本人の保護の仕組みについても検討しておく必要があると考えられる。

(2) 消費者保護法制による保護

本研究会では、消費者契約法等その他の法制度による保護の制度が、成年後見制度の対象者の保護に果たす役割について肯定的に評価する意見があった。

消費者契約法等その他の法制度による保護の制度としては、特定商取引に関する法律に基づくクーリング・オフ（同法第9条第1項、第24条）、不実告知等による意思表示の取消し（同法第9条の3第1項第1号・2号、第24条の3第1項第1号・2号）、過量販売についての解除等（同法第9条の2、第24条の2）、消費者契約法に基づく重要事実についての不実告知や断定的判断の提供、事実不告知等を理由とする意思表示の取消し（同法第4条第1項から4項まで）などが考えられる。

このように、消費者保護法制が定める個別の取消権等による手当てにより、本人の判断能力が低下している場合にも救済を図ることができる場合がある（もっとも、消費者契約法は、消費者と事業者との間の契約に関する規律であり、例えば、本人が親族から生活費援助の申入れを断れないために際限なく送金するなどの事例や虐待等の親族間紛争については、消費者保護法制によりカバーすることはできないことには留意する必要がある。）。

また、本研究会では、高齢者の消費者保護について、事業者が相手方の判断能力等を判断することが非常に難しいという状況があり、判断能力を見極めないと取引ができないような法制度となることは取引の安全等との関係で問題をはらむこと等を指摘する意見もあった。

(3) 民法第90条による保護

民法第90条は、公序良俗に反する法律行為は無効である旨定めて

いるところ、他人の窮迫、軽率、無経験などにつけこんで、著しく過大な財産的給付を約束させる行為は、暴利行為として無効となると解されているため、本人のした法律行為が暴利行為に当たると解される場合には、無効となる可能性がある。

もともと、取消しと無効では、主張権者、主張期間、追認の効果等に関する規律が異なるため、仮に従来取消権の対象となっていたものについて、無効に関する規律に委ねるとすれば、その差異が生じることの妥当性についても議論が必要と考えられる。

(4) 意思無能力無効と意思決定支援

ア 意思無能力無効

民法上、法律行為の当事者が意思表示をした時に意思能力を有しなかったときは、その法律行為は無効とされている（同法第3条の2）。民法における意思能力（上記第1の3(2)参照）について、仮に、自己の行為の法的な意味を理解することができる能力と解して個別具体的な法律行為の内容に即してその存否が判断されるとする考え方によった場合には、取引の当事者（特に相手方において）は、契約の複雑性等の個別具体的な事情を勘案して当該法律行為の有効性を判断する必要があり、当該法律行為が事後的に無効とされるリスクを自らの責任において引き受けていると考えられる。

民法が、確定的に有効な法律行為をするための能力として行為能力に関する規定を設けた趣旨は、表意者において、意思表示の時点における判断能力の有無を事後的に証明して当該法律行為の無効を主張することが困難な場合があることや、意思表示の相手方において、表意者が意思能力を欠くことを知り得ず、トラブルの発生を事前に回避することが困難な場合があることなどから、類型的に一定の法律行為について成年後見人等による代理又は取消しを認めた上、取引の相手方が事前にその旨を確認できるようにして、本人及び相手方の保護を図ろうとした点にある。

したがって、制限行為能力制度における取消権の規律の見直しを検討するに当たっては、判断能力の不十分な者との取引が敬遠されたり、回避されたりすることがないように留意することが必要とも考えられる。

イ 意思決定支援

意思決定支援を踏まえた後見事務のガイドラインによれば、「意思決定支援とは、特定の行為に関し本人の判断能力に課題のある局面において、本人に必要な情報を提供し、本人の意思や考えを引き出す

など、後見人等を含めた本人に関わる支援者らによって行われる、本人が自らの価値観や選好に基づく意思決定をするための活動をいう」とされており、第二期基本計画においても同様に理解されている。

意思能力と意思決定支援との関係については、これまでの意思能力概念からすると、他者から支援を受けたことは意思能力の判定に影響を及ぼさないのではないかとの指摘があり、これによれば、意思決定支援がされた上で本人が法律行為を行った場合であっても、意思表示をした時に意思能力を有しなかったと判断されたときは、その法律行為は無効とされると解される。他方で、下級審裁判例には、法律行為の過程において第三者から受けたマイナスの影響を考慮して、意思無能力により法律行為を無効とした例（東京地判平成26年2月25日・判例時報2227号54頁）が存在することを踏まえると、法律行為の過程において第三者から受けたプラスの影響、すなわち支援による影響を考慮して、意思能力の補充を認めることも考えられるのではないかとの指摘もあり、いずれにせよ、意思能力の有無の判断の在り方について、共通認識が得られているとはいえない状況にある。

本研究会では、上記のような状況を踏まえ、現段階では意思決定支援の具体的な内容や実態が必ずしも明らかでないことから、意思決定支援に法制上の大きな効果を与えることを前提として制限行為能力制度を大幅に見直すことについては慎重な意見がみられた。また、法律行為の当事者が、法令が定める意思決定支援の措置を受けて意思表示をした場合に、表意者の意思能力に関する何らかの規律を設けるなど、第三者による適切な意思決定支援を手続的な正当化の要素とするような規律を設ける場合には、意思決定支援の内容をかなり明確にする必要があるが、民法第3条の2所定の意思無能力の実体的判断における考慮要素の一つであることを注意的に規定する程度であれば、現行民法においても解釈上否定されるものではないので、意思決定支援の内容を厳格に定める必要はないのではないかとの意見があったが、注意的な規定であるとしても、意思無能力の実体的判断における考慮要素を過不足なく整理することができるかという問題があるように思われる。

以上を踏まえ、福祉の分野で広まっている意思決定支援という概念に一定の意味付けを与えることの必要性や許容性については、引き続き検討を要すると考えられる。

第6 法定後見制度における代理権

本人の判断能力の程度を考慮して代理権を認める制度に関しては、本人の請求又は同意があるなどの場合に代理権を付与することを可能とする規律を設けることが考えられるとの意見に加え、本人の積極的な同意等が認められない場合にも代理権の付与が必要なきがあるのではないかとの意見があること（この意見の中には取消権の付与と規律を異にすることもあり得るとの考え方があること）にも留意しながら、更に検討を進めることとすることについて、どのように考えるか。

(補足説明)

1 現行の制度の概要等

(1) 代理権の制度

現行の成年後見制度は、本人を保護するための方法の一つとして、第三者である成年後見人等に代理権を付与する制度を設けている。代理人は、単独で本人のために法律行為をすることができ、その効果は有利又は不利にかかわらず本人に帰属する（民法第99条）。

(2) 現行の各類型

法定後見制度の各類型における代理権について概観すると、次のとおりである。

ア 後見の類型では、成年後見人は、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する（民法第859条1項）。

イ 保佐の類型では、保佐人は、申立てがなければ代理権を有しないため、本人の請求又は同意に基づき、個別の審判により定められた特定の法律行為についてのみ、代理権が付与される（民法第876条の4第1項、同条第2項）。

ウ 補助の類型では、補助人は、申立てがなければ代理権を有しないため、本人の請求又は同意に基づき、個別の審判により定められた特定の法律行為についてのみ、代理権が付与される（民法第876条の9第1項、同条第2項）。

(3) 代理権の性質

代理権は、一般に、私的自治を拡張又は補充する機能を有するものと解されているところ、現行の成年後見制度では、代理権と取消権及び同意権はいずれも本人保護の方法として採用されている。すなわち、代理権は、関係者（本人及び保護者）のそれぞれが単独で有効に行為をすることができるという保護の在り方であり、取消権及び同意権は、関係者

(本人及び保護者) がともに同意しなければ有効に行為することができないという保護の在り方と考えられる。

したがって、保護者に代理権が付与される場合でも、これにより本人が自ら法律行為をすることは妨げられないが、保護者が本人の意思に合致しない契約を締結することが考えられる点等から、本人の自己決定権に対する制約となり得ることは否定できない。

2 検討の必要性

現行の成年後見制度における代理権のうち、後見類型では、本人の判断能力の程度に直結して後見人に全面的な代理権が付与されることから、そのような保護が過剰であるとの指摘があった。

また、障害者権利条約第12条は、判断能力の不十分な者の法的な保護、支援の在り方に関し、代理・代行的な意思決定から自己決定支援(意思決定支援)への転換を求めるものと解され、障害者権利委員会の勧告は、成年後見制度による代行的意思決定についての懸念が示されており、代行決定の仕組みを廃止して、法的行為の行使を支援する仕組みを構築するよう求めているといえる。

3 検討

(1) 代理権の制度が本人の私的自治を拡張・補充するものであることからすると、現行の保佐・補助類型のように、本人の同意等を要件として代理権を付与する制度を維持することが考えられる。

本研究会では、本人の同意等を要件として代理権を付与することについては、自己決定に基づいて代理権を付与することができることから、障害者権利委員会の勧告において廃止することを求められている代行決定とは性質を異にするものとして、肯定的な意見が多く出された。

なお、本人が代理権の付与について同意できる程度の能力を有する状態であれば、本人の委任による通常の任意代理によればよいという指摘もあり得るところ、平成11年民法改正時における検討では、身寄りのない高齢者の中には、自分で適切な代理人を選任することが困難な状況にあり、裁判所が代理人を選任・監督してほしいという社会の需要が存する以上、このような場合であっても一種のサービスの代理としての代理権を認めるのが相当であるなどの意見があり、保佐・補助類型においても本人の請求又は同意を要件として代理権を付与し得るものとされた。

- (2) また、本人保護の観点から、本人が同意をする判断能力を有しつつも、本人が納得して不合理な財産減少行為を繰り返し、その回復行為をしない場合などに、本人の同意等がなくても、代理権の付与を認める必要があるのではないかという点に関して、本研究会では、代理権の付与に当たり、本人の同意等を不可欠の要件とするかという点については、自己決定の尊重を徹底する立場から不可欠の要件とすることを求める趣旨の意見と、例外的な場合に限定し、必要最小限度の介入として本人の同意等を要件としない代理権の付与を認める趣旨の意見があった。この点に関しては、本研究会におけるヒアリングにおいて、障害者権利委員会の考え方は極めて厳格な原理原則論に立脚し、ラストリゾートとしても代行決定を認めない立場であると考えられるものの、自己決定支援を尽くしても自己決定が困難な場合は、代行決定をせざるを得ない場合があり、その場合には最善の利益に基づく決定より本人の意思と選好の最善の解釈による決定を行うべきである旨の指摘があったことも踏まえながら、どのように自己決定の尊重と本人保護の調和を図ることが相当であるかについて、更に検討を深める必要があると考えられる。
- (3) さらに、代理権付与による保護の必要性について、本研究会では、遷延性意識障害のような事例を考えると、代理権の付与による本人保護を完全になくすことは難しく、重度の意識混濁という状態にある場合や最重度の知的障害者や認知症高齢者など、どれだけ支援を尽くしても本人が自ら法律行為をすることが難しいという場面、すなわち、代理権による保護が必要な場面が残るのではないかという趣旨の意見があった。また、このような場合には、本人において代理権の付与の可否や可否を理解することが困難な場合も考えられること等から、そのような場合について代理権の付与の余地を排除することは、かえって判断能力が不十分な者の事実上の排除や権利侵害につながるおそれもあることを懸念する意見もみられた。このような意見に照らすと、一定の場面において、現行の制度と同様に判断能力の低下を原因として代理権を付与する制度を維持する必要があるようにも思われる。

第7 法定後見制度の開始に関して検討すべき項目

1 判断能力の程度の開始要件における位置付け

法定後見の開始に当たっては、本人の判断能力の程度を考慮するものとするとし、その具体的な位置付けについては引き続き検討することとしてはどうか。

(補足説明)

1 現行法の規律及び検討の必要性

現行の成年後見制度は、判断能力の程度に応じて、相応する一定の範囲の保護を典型的に保障するものとして、精神上の障害により判断能力が不十分であることを開始要件とし、本人の判断能力の程度に応じて類型化を行っている。

このような現行法の規律については、本人の属性によって画一的に保護の在り方を規律するものであり、そのような保護の在り方が過剰なものであるとして見直しを求める意見があった。

2 検討

まず、成年後見制度の対象者を判断能力が不十分な者と解する場合には、成年後見等を開始する際、本人の判断能力の程度を認定する必要があると考えられる。

その上で、本研究会では、本人の判断能力の程度を法定後見開始に当たりどのように位置付けるかという点について、独立した必須の要件とした方が現行法との連続性も明確であり、民事基本法制の在り方としては分かりやすいのではないかとの指摘がある一方、本人の判断能力を下記2の必要性を認定する重要な考慮要素の一つとすることを支持する指摘があった。

この点に関しては、成年後見制度の対象者を判断能力が不十分な者と解する場合には、判断能力が十分である者について成年後見等を開始することは考え難いことから、判断能力の低下が医学的に確認されることは、必要性において他の要素と併せて総合的に考慮するのではなく、保護を開始する必須の前提条件であるとも考えられる（なお、この場合でも、判断能力の程度に応じて画一的に保護の内容を定めることに直結させることを意味するものではなく、飽くまで医学的な見地からの保護の必要性を最低限の要件とする趣旨である。）が、いずれにしても法定後見の開始に当たり、本人の判断能力の程度を考慮することとしつつ、法定後見の開始に当たり考慮すべきその余の事項と併せて、具体的な検討を深めることが必要と考えられる。

2 必要性及び補充性の内容並びに開始要件における位置付け

成年後見等の開始に当たり、「必要性及び補充性を考慮すべき」との指摘があることに照らし、「必要性及び補充性」について、その考慮すべき事項

の具体的な内容や、その事項を考慮することの必要性や許容性、考慮するとしてどのように考慮すべきか等について引き続き検討するものとする事について、どのように考えるか。

(補足説明)

1 必要性

(1) 現行法の規律

ア 成年後見及び保佐の開始に当たっての必要性考慮の有無

現行の成年後見制度では、後見の開始の場面では、本人が精神上の障害により判断能力を欠く常況にあると認められる場合には、後見開始の審判をすることができ（民法第7条）、本人の判断能力とは別に後見開始の審判をすることの具体的な必要性は、明文上、要件とされていない。また、保佐の開始の場面でも、精神上の障害により本人の判断能力が著しく不十分であると認められる場合には、保佐開始の審判をすることができ（同法第11条）、本人の判断能力とは別に保佐開始の審判をすることの具体的な必要性は、明文上、要件とされていない。これらは、本人に判断能力を欠く常況又は判断能力が著しく不十分な状況にあることが後見開始の審判又は保佐開始の審判をする必要があることを前提としていることによるものであると考えられる。

イ 補助の開始に当たっての必要性考慮の有無

補助開始の審判については、規定上は必要性について明示的な規律が設けられているわけではないものの、家庭裁判所は、精神上の障害により判断能力が不十分な者について、代理権の付与の審判（同法第876条の9第1項）又は同意権の付与の審判（同法第17条第1項）の必要性（すなわち、補助人に特定の法律行為を代理してもらったり、特定の法律行為をする上で補助人の同意を要するものとする現実の必要性）を考慮することが、解釈上当然に予定されているものといえる。すなわち、補助の開始が必ず代理権又は同意権の付与という実質を伴うことを制度的に担保するとともに、真に法的保護を要する者にのみ制度の対象者を限定するため、補助開始の審判は、代理権の付与の審判又は同意権の付与の審判とともにしなければならないものとされている（民法第15条第3項）。これは、法形式上は審判の手続的要件として規定されているが、代理権又は同意権（取消権）の付与の必要性がなければ補助開始の審判をすることができないという意味において、実質的には、保護の必要性に関する実体的要件と

しての機能も果たすものといえる。

ウ 現行の代理権の付与及び同意権の付与における必要性の違い

現行の補助及び保佐における代理権の付与及び補助における同意権の付与については、いずれも請求の範囲内において、本人の具体的な必要性に応じて定められるべきであり、各人の必要性の有無及び程度は個々の事案に即して家庭裁判所により判断されることになるものと考えられる。

この点、一般に、同意権（取消権）付与に関しては、自己決定の尊重及び取引の安全の双方の観点から、その付与について慎重な考慮が必要であると考えられる。したがって、同意権の付与及びその範囲について本人が同意している場合でも、同意権の対象行為を必要かつ相当な範囲に限定するため、同意権の付与の必要性及び相当性について慎重な審査を行う必要があると考えられる。

他方で、代理権の付与については、本人の申立て又は同意により当該行為に関する必要性についての本人の意思が表明されている以上、通常の事例では、対象行為の特定方法（①具体的な個別の取引行為又は②抽象的な法律行為の種類）のいかんにかかわらず、特段の事情のない限り申立ての対象行為について必要性の存在を肯認し得る場合が多いのではないかと考えられる。

(2) 検討の必要性

第二期基本計画では、「成年後見制度については、他の支援による対応の可能性も踏まえて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べき（必要性・補充性の考慮）」といった制度改正の方向性に関する指摘を踏まえて見直すべきとの指摘がされている。また、障害者権利委員会による勧告についても、ヒアリングにおいて、その趣旨は、全面後見から部分後見への移行が求められていると解されるとの指摘がされている。

このような事情を踏まえ、成年後見制度の見直しにおいては、本人にとって適切な時機に必要な範囲及び期間で利用できるようにするため、後見の開始要件や終了事由等の見直しを検討するに当たって、「必要性」の具体的な内容やそれを開始要件とすることの必要性及び許容性などを踏まえて開始要件とするのかなどのその位置付けを検討する必要があると考えられる。なお、開始要件はその制度の終了とも密接に関連するものと考えられ、法定後見制度の終了の規律や期間を設けるか否かの規律の検討においても関連するものと考えられる。

(3) 検討

法定後見の開始において、判断能力の程度の他に考慮する要件（ここでは「必要性」）の機能は、保護者による過干渉や過剰な保護によって本人の自己決定権が不当に制約されることを防止すること（本人の自己決定を尊重すること）にあると考えられるところ、必要性の具体的内容や考慮要素については、必ずしも共通認識が得られているとはいえない状況にあると思われる。

本研究会では、保佐類型における代理権の付与や補助類型における代理権及び取消権の付与に関する判断を参考に、必要性の実質的内容を捉えることができる旨の指摘があったが、例えば、本人の判断能力の程度、本人の資産状態や法律行為をする現実的な需要、事実上の支援の有無、本人の同意等の有無、本人の意向等も含め、どのような事項や要素をどのように評価して考慮した結果を「必要性」と称するのか、代理権による保護の場合と取消権による保護の場合の違いをどのように考えるか等について、具体的な検討を更に深める必要があると考えられる。

ア 代理権による保護の必要性の具体的内容や考慮要素

代理権による保護の必要性については、一般に、①特定の法律行為をする必要性と、②当該法律行為について第三者に必要な権限を付与する必要性（本人が自ら又は委任により当該法律行為をすることができないこと）があると考えられる。なお、①については、選任された保護者において判断すべき事項であり、法定後見の開始に当たり判断すべき対象とならないのではないかとの指摘があるものの、必要性の内容の共通認識が得られているとはいえない現時点においては、差し当たり、検討の対象に含めることとする。

(ア) 特定の法律行為をする具体的な必要性

特定の法律行為をする具体的な必要性（上記の①）については、どのような観点から本人にとって特定の行為が必要であるか否かを判断するのかという点や、裁判所が個別具体的な法律行為をすることの必要性を（本人の同意等がない場合であっても）判断することができるのか、また、判断することが適切かという点についても問題となり得る。例えば、甲土地を売却するために法定後見を開始し、保護者に甲土地の売買に関する代理権を付与することを請求するという事案について、以下の各事例における甲土地を売却する必要性についてどのように考えるか。

【事例A】 ある程度の判断能力を有する本人が甲土地を売却することについての利害得失を理解した上で請求する場合（現行の補助

制度のような場合)、本人の請求又は同意があることをもって、甲土地を売却する必要性があるといえるようにも思われるが、このような場合でも必要性が否定されることはあるか。あるとすれば、それは何をもって否定されるのか。

【事例B】本人は甲土地の売却に断固として同意しないが、本人の流動資産の状況等に鑑みて、本人の身上保護の水準を維持するためには甲土地を売却して現金化する必要があると考えられる場合、甲土地を売却する必要性についてどのように考えるか。

【事例C】本人の判断能力が甲土地を売却することについての利害得失を理解できる水準に達しておらず、甲土地を自ら管理することもできない状態において、親族が甲土地の売却を求めている場合、甲土地を売却する必要性についてどのように考えるか。必要性が認められる場合、どのような理由により認められるのか(親族にとっての必要性とどのように区別して考えるのか)。他方、必要性が認められない場合、甲土地の管理等の在り方についてはどのように考えるか。

(イ) 当該法律行為について第三者に必要な権限を付与する必要性

当該法律行為について第三者に必要な権限を付与する必要性(上記の②)についても、どのような観点から第三者に必要な権限を付与する必要がある(本人が自ら又は委任によって法律行為をすることができない)か否かを判断するのかという点や、裁判所が判断することの可否及び適否が問題となり得る。

本研究会では、後見制度を使わなくても本人が自ら行うことができるかという判断は、本人の判断能力のみならず、本人の置かれた環境や福祉サービスの利用状況等も踏まえて判断することになると考えられるが、補充性の判断とも密接に関わるものであり微妙な判断となるのではないかとの指摘があった。

イ 取消権による保護の必要性

取消権による保護の必要性についても、当該事案における保護の必要な事項を特定した上で、その範囲においてのみ個別に権限を付与するという方向性によれば、①特定の法律行為について取り消すことができるものとする必要性と、②(第三者を取消権者とする場合には)第三者に当該法律行為を取り消すための必要な権限を付与する必要性があると考えられる。

取消権による保護については、保護の開始時点で取消しの対象となる個別の法律行為を特定することは考え難い(取消可能となるの

は、保護開始後にされた法律行為に限られると考えられる)ため、①については、将来行われる可能性のある法律行為をある程度の幅を持たせて特定した上で、取消しの対象とする必要性があるかを判断することになると考えられる。また、②については、第三者を取消権者とする場合に本人の同意等を必須とするのであればこれを必要性の根拠とすることが考えられる。このような観点や、代理権による保護との違いも含め、取消権による保護の必要性について、具体的にどのような場合に認めることが考えられるか。

2 補充性

(1) 現行法の規律及び検討の必要性

現行の成年後見制度では、任意後見契約法第4条第1項第2号や第10条第1項のように、法定後見とその他の制度を選択することができる状況において、「特に必要があると認めるとき」に限って法定後見を適用するという形で補充性に通じる考慮を示す仕組みが設けられていることを除き、開始の審判に当たり、本人の保護又は支援をする他の手段を考慮する仕組みは採られていない。

なお、平成11年民法改正における検討では、補充性の原則とは、本人が意思能力を喪失した後も、任意代理人や親族等によって保護を受け、財産管理等に格別の不安がないときは、法定後見制度は発動されないとする原則と考えられており、この補充性の原則を認めること、特に親族等が本人の財産を管理することを正面から認めることになる点について、それがいかなる法的根拠に基づくものか明確にされていない上、現実にも本人の保護が図られるのか疑問があるとされ、現行の制度においては補充性の原則を採用していないものと考えられる。

第二期基本計画では、「成年後見制度については、他の支援による対応の可能性も踏まえて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べき(必要性・補充性の考慮)」といった制度改正の方向性に関する指摘を踏まえて見直すべきとの指摘がされていることから、「他の支援」による対応の可能性について、その具体的内容や法定後見制度との関係等を検討する必要があると考えられる。

(2) 検討

本研究会では、補充性の内容として、法定後見制度よりも本人に対する制約の少ない支援手段が利用できる場合には、これらを優先し、法定後見を開始すべきではないというものと考えられるという趣旨の見解が示された。このような考え方によれば、補充性は、必要性があること

を前提として、本人の自己決定権を尊重する観点から保護開始を更に限定する要素として理解することができる。もっとも、補充性の具体的な内容については、必要性と同様に、現時点では必ずしも明確な共通認識が得られているとはいえない状況にあると考えられるため、どのような事項・要素をどのように評価して考慮した結果を「補充性」と称するのかについて、検討を深める必要があると考えられる。

また、本研究会では、後見等開始の審判の申立てがされて他の開始要件が満たされているにもかかわらず、他の支援が可能だからといって審判を差し控えることは、本人の保護に欠ける状況を生み出しかねないことを指摘する意見が出され、また、家庭裁判所が本人等に他の制度の利用を命ずることができるのかという点に疑問が呈された。家庭裁判所が本人に他の制度の利用を命ずることができないとすると、保護の開始において「補充性」を考慮することについては、その実質を更に検討する必要があると考えられる。

ア 補充性の具体的内容や考慮要素をどのように考えるか

この点について検討するためには、成年後見制度以外の方法による本人の保護又は支援としてどのようなものがあるかを整理した上で、これらが法定後見制度に優先する仕組みとして考慮されることについてどのように考えるかを更に検討することが必要と考えられる（なお、任意後見制度については、既に法定後見との優先関係を定める規律があるため、ここでは検討の対象としない）。

(ア) 親族による支援（委任契約に基づくものを除いた、いわゆる事実上の支援（事実上の後見））

親族による支援のうち、委任契約に基づくものを除いた、いわゆる事実上の支援は、本人の日常生活を支える主要な資源となり得るものといえ、親族が事実上の支援を行うことにより、本人が不利益を受けることなく問題なく生活できる場合に、このような支援を法定後見との関係でどのように位置付けるかが問題となる。

親族による事実上の支援については、根拠や権限の範囲が不明確であり濫用のリスクも生じやすいこと、飽くまでも事実上のものであり、今後も支援が継続するかについて制度的な担保はないこと、親族による事実上の支援があることを理由に、成年後見制度を利用する必要があるものとするのは、親族にとって過度の負担となる場合があるほか、法的な権限を欠く親族による事実上の支援を正当化することにつながり得ること等を踏まえて検討する必要がある。

このような事実上の支援については、事務管理法理によって正当化できる場合もあると考えられるが、本研究会では、その限界付けに関する指摘があり、例えば、本人の居住不動産を売却するなどの重要な処分行為について事務管理で正当化することはできないのではないかという観点や、本人の意思に即した管理であることを客観的に担保する手段がないという観点が示された。このような懸念については、例えば、地域の見守りや相談支援、仮にこうしたリスクが顕在化した場合には公的な監督等の仕組みを備えた法定後見制度を速やかに利用できるようにすること等によって、リスクの軽減を図っていくことが考えられる。

また、親族による事実上の支援については、身寄りの有無とともに福祉行政の場面においても考慮されている要素であり、本人を取り巻くさまざまな事情も特に留意して検討する必要があるとの指摘があった。

(イ) 任意代理契約や見守り契約等

本人が、生活上の課題を見据えて、事前に（判断能力がある時点で）、親族や第三者との間で委任契約を締結し、生活に必要な事項について代理権を付与したり、本人の状況の変化の把握やそれに応じた支援等を内容とするいわゆる見守りを委託することが考えられるところ、このような任意代理契約や見守り契約により、本人が問題なく生活できる場合には、このような支援を法定後見との関係でどのように位置付けるかが問題となる。

このような契約は、任意後見制度と異なり、任意後見監督人といった第三者による監督がなく、見守り契約等が適切に履行されないおそれがある点で、問題があるとも考えられるが、本人が自ら希望してこのような契約を締結している以上、本人意思を尊重する観点からは、法定後見制度よりも、見守り契約や任意代理契約を優先することも考えられる。

(ウ) 福祉等による支援

福祉等による支援（注）により、本人が自ら簡易な法律行為をすることも含め、問題なく生活できる場合には、判断能力の低下がある場合であっても、成年後見制度を利用する必要がないとも考えられる。また、福祉等による支援には、現実には地域差が生じることが避け難いところ、本研究会では、地域差もあり流動的な要素が大きいことから、どこまで考慮するかについては相当裁量が及ぶのではないかという指摘があった。

(注) 福祉等による支援の例

日常生活自立支援事業では、認知症高齢者、知的障害者、精神障害者等のうち判断能力が不十分な方が地域において自立した生活が送れるよう、利用者との契約に基づき、福祉サービスの利用援助、日常的金銭管理、書類等の預かりサービスが行われている。このほか、持続可能な権利擁護支援事業(モデル事業)では、契約に基づく簡易な金銭管理等を通じ、地域生活における意思決定を支援する取組が検討されている。

(エ) 訴訟法上の特別代理人制度

民事訴訟法では、法定代理人がない場合又は法定代理人が代理権を行うことができない場合において、成年被後見人に対し訴訟行為をしようとする者は、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こととされており、意思能力を欠く常況にあるが、まだ後見開始の審判を受けていない者に対して訴えを提起する場合も、特別代理人を選任することができることと解釈されている(民事訴訟法第35条第1項参照)。

また、判例によれば、法定代理人のない者が原告となって訴えを提起する場合において、実体法上の特別代理人を選任すべきであるが、その選任を待っては損害を生じるおそれがあるときは、訴訟上の特別代理人を選任することができるとしているものと解されている(大判昭和9・1・23民集13巻47頁等)。

このように訴訟上の特別代理人制度があることから、訴訟上の行為をする必要がある場合であっても、成年後見制度を利用する必要がないとすることも考えられるが、法定代理人が不在であれば、実体法上の法定代理人を選任するのが原則であると考えられることからすると、訴訟上の特別代理人があるから、成年後見制度を利用する必要がないとすることには、便宜的な取扱いではないかとの指摘も考えられる。

イ 本人の同意との関係性

本人が、一定の水準の判断能力を有するか、適切な支援等を受けるなどして成年後見制度の利用について同意をすることができる状況において、制度の利用について同意している場合には、本人が成年後見制度による制約に同意している以上、他の手段による代替可能性を考慮する必要はないとも考えられ、本研究会では、このような見解

を支持する意見があった。

ウ 補充性の判断の在り方

裁判所が補充性の有無を判断することに関連し、本研究会では、どれほど裁判所と行政機関との間で役割分担や連携が進んだとしても、裁判所は本人に成年後見人等の保護者をつける必要があるか否かを超えて、どこの機関による保護・支援が適切かを判断することはできないし、するべきではないという点に留意する必要があるという趣旨の指摘があった。この点に関し、例えば、本人の保護・支援の在り方について親族間に意見の対立がある場合（例：同居する次男が本人の身の回りの世話をしているところに、別居する長男が法定後見を申し立てる）や、親族による本人の保護・支援はされており本人も不満を述べていないが、市町村や第三者機関・団体からみた場合に法定後見が適切であると考えられる場合には、裁判所の職責として、現に行われている親族による支援を法定後見に優先させるべき「他の方策」に当たるか否かを判断することが可能であり、かつ相当なのかという問題があるように思われ、裁判所の職責等の観点からも、更に検討を深める必要があると考えられる。

このほか、申立人が把握できない事項で、かつ家庭裁判所の調査でも把握できない事項があれば、裁判所がその調査権限に基づき、必要に応じて必要な範囲で、他の機関から意見聴取する仕組みがあり得るとの指摘があり、裁判所が疎明資料だけでは判断することが難しい場合があることを考えると、適切な第三者機関・団体からの意見聴取をすることができる仕組みがあることが望ましいとの指摘もあった。

3 必要性と補充性の区別等

本研究会では、例えば、本人が一定の福祉制度を現に利用しているという事実は、法定後見を重ねて使う必要はないと評価すれば、成年後見制度は他の制度に対して補充的に使われるという補充性を基礎付けるものと考えられるが、そもそも成年後見制度を利用する必要性がないという評価をすることも可能であるなど、両者の判断は重複することも多いことを指摘する意見もあった。また、法定後見制度との関係における補充性の具体的内容が明らかでない現段階では、補充性に関する規律を独立して設けることは困難であると考えられるという観点から、補充性を必要性の中の一つの考慮要素とすることにとどめるべきではないかとの指摘もみられた。

その他、「必要性」や「補充性」を開始要件とする場合には、当事者にとっての予測可能性を担保するためには、裁判所の判断の透明性を確保する必要があり、そのためには、「必要性」や「補充性」の考慮要素を明示することについて検討をすることが考えられるが、本研究会では、考慮要素を明示することについて肯定的な意見が出されたほか、考慮要素を明示することは、他機関に情報提供を求める観点からも有益と考えられる旨の指摘があった。この点については、必要性や補充性をどのような内容のものと整理するのかについての検討を踏まえる必要があると考えられる。

3 本人の同意等の内容及び開始要件における位置付け

法定後見の開始に当たっては、本人の同意等の有無を考慮することも考えられるところ、その具体的な機能については、必要性や補充性の判断や採り得る保護措置への影響を含め、引き続き検討するものとするについて、どのように考えるか。

(補足説明)

1 現行法の規律及び検討の必要性

現行の補助類型では、開始の審判及び代理権・同意権の付与の審判は、本人の請求によるか、本人以外の者の請求による場合には、本人の同意が要件とされている（民法第15条第1項・第2項、第17条第2項、第876条の9第2項）。

補助の類型では、本人が一定の水準以上の判断能力を有する状態にあるものの、本人の事理弁識能力の状況にはかなりの幅があり、全ての法律行為について自らの確に行えないおそれがあることが補助開始の審判において認められたことに加え、本人の生活又は財産の状況如何によって、行為能力の制限による保護を図るべき具体的な必要性が認められる場合があることも否定し得ないとの理解の下、自己決定の尊重の観点から、同意権・取消権の付与を選択的な保護方法とし、本人が自己の意思（本人の請求又は同意）によりその付与を選択した場合にのみ、請求の範囲内の具体的な保護の必要性が示された特定の法律行為に限って、補助人に同意権・取消権を付与することとしたものと解されている。

本研究会では、本人の自己決定を尊重する観点から、本人の同意等がある場合とそうでない場合では、保護の正当化根拠が異なるという見方も可能であり、結果として許容される保護措置の内容にも差異が生じることを前提とした意見が多数あったことから、保護の開始に当たって、本人

の同意等の有無を考慮することについて検討する必要があると考えられる。

2 検討

- (1) 本研究会では、本人の同意等がある場合には、現行の補助類型の開始を参考にして、その範囲で代理権や取消権による保護を個別に設定することを支持する意見が多数あった。

他方で、本人の同意等があるとは認められない場合については、本人の意思を確認することができない遷延性意識障害の状態のような場合、本人が支援を拒否している場合、明確に拒否はしていないが積極的に同意しているともいえない場合、本人の意向が度々変動して明らかでない場合など、現実には様々なケースがあり得ることに留意する必要があるものの、虐待や重篤な権利侵害が既に発生しているような本人の生命、身体、財産に大きな危険が及ぶようなケースでは、本人保護の必要性が非常に大きい場合に限り、制度を開始することもやむを得ないという意見が多数みられた（このような場合に、代理権による保護を認めることについては概ね肯定する意見が多数であったが、取消権による保護を認めることについては、意見が分かれた。）。

- (2) また、本研究会では、本人にどの程度の判断能力があれば、本人の同意等があると評価できるかについても議論があった。

この点について、現行の補助類型において要件とされる同意については、同意をするだけの判断能力を備えない者については、補助開始の審判の要件である「精神上の障害により事理を弁識する能力が不十分な者」に該当せず、保佐開始の審判の対象者として保護されると解されており、補助開始の審判自体の同意（同法第15条第2項）についても同様に解されている。

仮に、本人の同意等の有無により許容される保護の在り方が異なる制度とする場合には、本人が意思決定支援等による十分な意思確認のプロセスを経たとしても、成年後見制度により保護措置を付与されること等に同意するだけの判断能力を備えていると認められない場合には、本人の同意等のないものとして保護措置を選択することしかできないこととなり得るが、そのような仕組みとすることについてどのように考えるか。

- (3) なお、本人の同意等の有無をどのように考慮するかという点については、実体法的な開始要件は同一のものとし、その認定方法を手続法の面で典型的に区別する、実体法的な開始要件自体を区別する、開始要件

だけではなく適用される類型そのものを区別する（同意等がある場合はAという措置を使い、ない場合はBという措置を使う）等のパターンがあり得ると考えられることから、同意等の有無による区別を検討する場合には、その具体的なイメージに留意する必要があるという趣旨の指摘があった。