

## 第 17 回 成年後見制度の在り方に関する研究会

日時：令和 5 年 11 月 29 日（水）18：15～20：50

場所：公益社団法人商事法務研究会会議室 ※オンライン併用にて開催

### 議事録

（座長） ただ今より、成年後見制度の在り方に関する研究会の第 17 回会議を始めます。議事に先立ちまして、法務省の担当者の中で、本日初めて出席なさる方がおられますからご紹介申し上げます。法務省民事局の河原局付でいらっしゃいます。お一言お願いいたします。

（法務省） 法務省民事局付の河原と申します。どうぞよろしくをお願いいたします。

（座長） どうぞよろしくをお願いいたします。本日の進行についてご案内を差し上げます。前回に引き続き研究会資料 16「法定後見制度の見直しに関する検討事項①」の中の第 6、第 7 についてご議論をお願いします。それに続いて、本日のために新しく用意した資料である研究会資料 17「法定後見制度の見直しに関する検討事項②」についてのご議論をお願いしてまいります。法務省から配布資料の説明を差し上げます。

（法務省） 本日お配りしている資料は研究会資料 17 です。また、L 委員から、研究会資料 16 に関して委員提出資料を頂いています。本日の前半のご議論においては、前回配布済みの研究会資料 16 をご参照いただきますようお願い申し上げます。

（座長） ただ今説明を差し上げたとおり、研究会資料 16 に関して、L 委員から委員提出資料を頂きました。貴重なご意見を提出してくださった L 委員に御礼申し上げます。L 委員におかれて何か補足なさる点がおありであれば、議事の途上で適宜にお求めを頂いて、ご発言をお願いします。

研究会資料 16 の第 6「法定後見制度における代理権」についてお諮りします。初めに、法務省から研究会資料についての説明を差し上げます。

（法務省） 研究会資料 16 の 34 ページ、第 6 では、法定後見制度における代理権について取り上げています。まず 1 では現行制度の概要を整理しており、現行の保佐および補助の制度では、本人の同意等に基づく場合にのみ代理権付与の審判をすることができる一方、後見の制度では、開始の審判により成年後見人に包括的な代理権が付与される制度となっていること等を確認しています。

その上で 2 では、このような後見の制度における代理権の在り方について見直しの検討が求められているという点に言及しています。

次に、35 ページの 3 (1) では、現行の保佐および補助の制度のように、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について、本研究会においても肯定的な意見があったことに言及しています。

そして(2)では、本人が同意をすることのできる判断能力を有する場面で、本人の同意等があるとはいえない場合であっても、代理権が必要となる場面があるのではないかという点について、本人の同意等を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、本人の同意等を要件としない代理権の付与を認めることに親和的な意見があったことなどを記載しています。

さらに(3)では、本人の同意等の有無にかかわらず、代理権の付与が必要となる場面もあるのではないかという観点からの整理を試みています。

これらを踏まえ、本人の同意等があるとはいえない場合の代理権の付与についてどのように考えるかなどの点について、さらにご意見を頂けますと幸いです。

(A) 場つなぎ的な発言で、あまり強く主張したいということではないのですが、35 ページの下の部分で触れられているのは、平成 11 年民法改正時の補助類型などについての代理権付与のご説明かと思えます。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ニーズに応えるという趣旨で、補助類型にも代理権の付与が認められているというのが現行制度かと思うのですが、この見方を延長していった場合に、この研究会でも何度か出てきた、例えば重度身体障害の方などを対象者に含めるという議論、拡張という用語弊があるかもしれませんが、少なくとも判断能力不十分に対象を限定しないという立て付けはあり得るのではないかという気がします。

もう一点、後ほど、前回発言し損なった取消権との関係で少し補足的に申し上げたいと思っているのですが、判断能力の低下が医学的に確認できるという条件を外す余地がケースによってあり得るのではないか、そのような議論を視野に入れてもいいのではないか。ただ、その場合には、本人の同意だけではなく、本人の申立てに限るなど、より細かな工夫は必要かと思えますが、そのような考え方もあり得るのではないかと考えます。

(B) 代理権の議論を進める前提での整理のところ、代理権が私的自治を拡張するものであるということで書かれていますが、私的自治の拡張と一般にいわれるのは、委任契約の任意の代理であれば、自分の意思決定をさらに代理人を通じて拡張できるというように民法の基本書等では説明されているところですが、法定代理における代理権についても果たして同じ説明をしていいのかはまた別の問題であって、本人が自ら意思決定をすることができない場合に、その保護のために代理権を付与することは、私的自治の拡張とは言えないのではないかと考えているところです。

また、委任に基づく任意代理との大きな違いは、いったん法定代理人として選任すれば任意代理のようにいつでも本人の意思によって解約できるということができなくなって、裁判所の判断によってしか代理権が終了しないという意味では、本人の自己決定に対する制約の側面が出てくる性格のものであると思いますので、そのあたりをもう少し整理した方がいいのではないかと思います。

(座長) 従来の民法の学理的な説明では、B 委員がご指摘になったとおり、法定代理の根拠を何に求めるかは、必ずしも任意代理と同じ説明をしてきたものではなく、任意代理が私的自治の拡張であるとするならば、法定代理の方は、論者によってどういう言葉を用

いるかはさまざまですが、例えば私的自治の補充など、そういうもので説明して対比してきたような経過もありました。事務局において再び、従来の議論の様子を確認した上で、B委員のご注意も受け止めて整理を続けたいと考えます。引き続きいかがでしょうか。

(C) 36 ページの (2) の表現が気になりました。「自己決定支援を尽くしても自己決定が困難な場合は、代行決定せざるを得ない……」という表現がありますが、「自己決定支援を尽くしても自己決定が困難な場合」と言いつつ、ここで表現したいのは、「自己決定支援を尽くしても、本人にとって合理的な自己決定ができない」という評価が入っているのではないかと思うのですね。

ですので、この表現は誤解を招くと申しますか、本人にとって利益になる判断を自分でできない場合に代行決定をせざるを得ないという意見があったということ表現したいのだと思うのですが、これは議論のあり得るところで、不利な決定であっても、それが自己決定と評価できる限りにおいては尊重すべきであるというのがむしろこれに対して対立する意見だと思いますので、この整理の仕方は若干誤解を招く気がしました。表現の問題かもしれませんが、ご検討いただければと思います。

(座長) 36 ページの C 委員ご指摘の記述について、誤解のないように表現ぶりを整えていくことにします。自己決定支援はひよっとすると意思決定支援であるかもしれません。そのあたり全般、記述を見直すことにします。

併せて、今、C 委員に話題にさせていただいたところについて、報告書で適切な表現で伝わるような記述にすることが大切であるとともに、もし委員の皆さまの間で、ここについての実質的な中味のご意見がおありなら、この研究会でなるべく論議を深めておくことがよろしいと考えられますから、どうぞおっしゃってください。その点のご意見もお待ちしますし、それ以外の点でもよろしいですから、引き続きいかがでしょうか。

(B) 今の点ですが、意思決定支援ガイドラインにおいては、意思決定支援から代行決定に移行すべき場面を二つに整理しています。一つは意思決定支援を尽くしてもなお、本人が意思表示、意思決定をできなかった場合です。つまり、いろいろな環境調整などにより意思決定支援をしたけれども、本人がその物事について具体的な意思決定ができなかったという能力評価となった場合には、代行決定に移行するというのが一つです。

もう一つは、本人が意思決定支援を受けて、本人が意思決定・意思表示はしたのけれども、それを実現してしまうと、本人の生命・身体・財産等に重大な影響を及ぼす場合は、その意思を尊重せずに代行決定をせざるを得ないというものです。

この2つの場合があると整理して、それに関するチーム支援としての評価をしていきたいと思いますので、それが現在の実務運用では比較的共通の判断基準として使われている考え方ではないかということでご紹介します。

(座長) 本人の請求や同意がない場合において、それでも代理権を付与するような契機があるか、あるとして、それはどのような要件の絞り、それを支えるどのような考え方で進めるかといったようなことについて、ヒントになる整理をしてもらいました。

他にいかがでしょうか。代理権のところについては、今まで頂いたようなご意見や記述ぶりについてのご注意を踏まえて、引き続き文章を整えていくということでもよろしいですか。

それでは、本日の段階での第6についての審議はここまでとして、第7に進むことにします。第7は、法定後見制度を用いる手続の開始の要件を扱っています。ここについて法務省から資料の説明をお願いします。

(法務省) 研究会資料16の第7では、法定後見制度の開始に関して検討すべき項目について取り上げています。また、36ページの1では、法定後見の開始における本人の判断能力の程度の位置付けについて、本研究会での議論を整理した上で、法定後見の開始に当たり、判断能力の程度を考慮することとしつつ、考慮すべきそのような事項と併せて具体的な検討を深める必要があると考えられる点に言及しています。

次に、37ページの2では、必要性および補充性の内容と法定後見の開始要件における必要性と補充性の位置付けについて記載しています。まず、補足説明の1では必要性について記載しています。本研究会では第二期基本計画の記載等も踏まえ、法定後見の開始に当たり、当該事案において保護を開始する必要性を考慮するという点について議論がされてきたところですが、必要性が意味する具体的な内容や考慮要素等については、さらに整理を進める必要があると考えられます。

そこで、40ページのA以下では、代理権による保護の必要性について、41ページのイ以下では、取消権による保護の必要性について、それぞれ整理を試みていますので、どのような場合に保護の必要性が認められるのかなどの点について、具体的な事例も踏まえながら、さらにご意見を頂ければ幸いです。

次に、42ページの補足説明2では補充性に関して記載しています。本研究会では、法定後見の開始に当たり、他の支援の有無や可能性を考慮することの機能、意義について補充性という枠組みの下で議論がされてきたところですが、補充性についても、必要性と同様に、その具体的な内容や考慮要素等については、さらに整理を進める必要があると考えられます。(2)以下では、本研究会におけるこれまでの議論を整理していますが、特にAで記載している、法定後見に優先する他の手段として具体的にどのような手段が考えられ、それをどのように評価するのかという点や、ウで記載している裁判所が他の手段の存在やその可能性を審理、判断することの可否、可否などについて、さらにご意見を頂けると幸いです。

次に、47ページの3では、本人の同意等の内容と法定後見の開始要件における位置付けについて記載しています。48ページの2以下に記載していますが、本研究会では、本人の同意等がある場合とない場合で、採り得る保護措置の内容が異なる可能性や、有効な同意等をするために必要な能力の程度について議論がされてきたところです。このような観点も踏まえ、本人の同意等の有無を法定後見の開始に当たり、どのように考慮すべきかという点について、さらにご意見を頂けると幸いです。

(D) イの必要性および補充性の内容ならびに開始要件における位置付けについてですが、必要性・補充性については、これまでの研究会で既に意見を述べてきたとおり、制度

利用の開始・利用中・終了の場面で、それぞれ求められている質が異なると考えています。また、本人の請求または同意の有無によっても異なるのだろうと考えています。また、個別のケースごとのわずかな違いで、必要性・補充性の判断が異なるものとなることも考えられると思いますので、必要性および補充性の考慮要素を具体的に明示するのは難しいのではないかと考えていますが、いずれにしても、さらに検討を続けることには異論はありません。

ただ、必要性・補充性をどのように考慮するかという点については、そもそも必要性・補充性の考慮が求められる理由として、成年後見制度が本人に対する制約も含む制度であるからだと理解しているので、本人の請求または同意により成年後見制度を利用する場合は、本人の自己決定を尊重し、本人の意思が確認できない場面や本人が拒否をしている場面において、必要性・補充性の考慮が必要という位置付けになると考えています。

研究会資料 16 の 40～41 ページにかけて、事例が A から C まで記載されているので、少し長くなりますが、これらの事例について、それぞれ意見を述べたいと思います。

まず事例 A については、前置のとおり、本人の同意があれば、必要性の判断をするまでもなく制度利用を認めてよいと考えています。

事例 B については、必要性の判断において、本人の意向が考慮要素となるのか、人によって理解が異なる場所だとは思いますが、事例 A で述べたとおり、われわれは今のところ、本人の同意などの意向は必要性の判断とは独立した要件と捉えており、その考え方からすると、本人が断固として同意しない以上、必要性の判断をするまでもなく、原則として制度利用は否定されるものと考えています。その上で、必要性を考慮の上、例外的に制度利用を開始するかどうかということになるだろうと考えています。

最後の事例 C については、本人の同意がないという点においては B と同様なので、制度利用の開始に当たっては必要性の考慮が求められると考えますが、必要性の考慮については、親族の視点からの必要性ではなく、あくまで本人の視点からの必要性を判断すべきと考えています。ですので、不動産を適切に管理できない等の一事をもっては、制度利用の必要性は認められないと考えていますが、介護費用の捻出のために売却せざるを得ない場合や、自宅でない場合に管理に多額の費用がかかり、放置すれば損害賠償などのリスクがあるなどといった本人の視点から制度利用の必要性が認められる場合もあると考えています。なお、これらの事例における土地が自宅の敷地か、そうでないかによっても、求められる必要性の程度は異なってくると考えています。

(E) 前回、社会福祉士会が出した意見書の中の 2 番目で必要性・補充性について触れています。私どもは法律職ではなく、社会福祉士として、現場で実践している立場の発言なので、ここの議論の中でどういう取り扱いになるか分からないと思いつつも、今、現場では「権利擁護支援方針 分析シート」を用いながら、課題と考えられる項目で必要性があるかないかという判断をしている地域が増えてきています。

このシートは、現在既にある社会資源で対応の可能性がある手段もチェックできるものになっています。例えば現在、全国的に展開されているサービス・事業、それぞれの地域の中でのみ使われているようなものも含めて手段としてあるかが、いわゆる補充性があるかどうかではないかと私は理解して今進めているところです。これが 1 点目です。

その中で、緊急対応や法定後見が、本人の同意がなくても必要があるのではないかと判断された場合が検討会議の中で出てきます。ですから、本人の同意の有無を検討する際に、本人に対してどこまで説明ができていないか、本人はそのことをどう捉えているかということも、必ず併せて議論するシートになっています。

それから、前回の意見書の中の3番で同意について触れています。「本人情報シート」の「家庭裁判所に成年後見制度の利用について申立てをするに關する本人の認識」というところで、これはお読みいただければと思うのですが、本人が同意しているかどうかは非常に判断が難しい状況があると思っています。ですので、改めて同意・不同意という観点からの整理を試みるに当たっては、一時的な同意という視点だけではなく、本人の意向が変わるといふことも含めて見直しをしていくという観点からも考えていく必要があるのではないかと考えています。

(座長) 前回の研究会において、社会福祉士会から、「権利擁護支援方針 分析シート」の見本と申しますか、実物に近いものをお出しいただきました。実際にしておられる方はご存じだと思いますが、この研究会の席で目にする形でご紹介いただきました。今、それを踏まえたご意見を頂きました。

研究会資料16においては、必要性・補充性の中味を、要件としてどのように形式化するかということを中心にお話ししています。話の順序として、そちらからお話しせざるを得ないから、そういうことをご意見をお尋ねしていますが、そこについての見通しがだんだん得られてくるならば、次には要件として立てられる必要性、場合によっては補充性に関わる資料ないし情報をどのようにして収集するかについても議論をしておかなければなりません。その際には、現実に用いられている「権利擁護支援方針 分析シート」のようなものを育てていって、それに法制上、どのような位置付けを与えていくかなどについての議論も必要になってまいります。今、E委員から、その観点を思い出ささせていただきます。引き続きご意見を承ります。

(A) 3点ほど発言させていただきます。1点目は37ページの「検討」の部分です。本来、前回の取消権の文脈で発言すべきことだったかもしれませんが、この機会に少し発言します。「判断能力不十分な者」を利用対象者とするという前提の下で、その「判断能力不十分な者」の認定に当たって、判断能力の低下が医学的に確認されるということが今回のペーパーの中で示されているかと思っています。基本的にはそういう考え方になるのだろうなと思いつつ、消費者契約法のつけ込み型不当勧誘のようなケースを想定した場合に、医学的な意味で判断能力が低下していなくても、人間関係が濫用されたり、非常に過大な不安につけ込まれたりというケースについては、一定の類型的な保護が必要だということでも2018年改正の際にこうした事案に対応する取消権が入ったと思います。

消費者契約法の場合には、つけ込み型不当勧誘が対象ですから、事業者側の行為態様などの別の要素も要件として入っているのですが、直ちに同列に論ずることは当然できないとは思っているのですが、必ずしも例えばうつ病といったような明確な医学的な診断がつかなくても、ある一定の事情の下で、本来持っている判断能力を適正に行使することができない状態が定型的・類型的に継続するということがあり得ると思うのですね。まさに最近、

法制化された靈感商法の寄付行為のような場面でもそうでしょうし。

そうだとすると、そうした判断能力の低下の医学的確認だけではなく、この判断能力不十分性というものをもう少しふくよかな概念として理解する余地があるのではないかと思います。私もまだよく分かっていなくて発言しているのですが、そのような見方があり得るのではないかということをお願いした上で、先生方からご批判を頂ければと思います。

それから、補充性について具体的に2点、少し気になっている点を発言します。一つは43ページの下段にある親族による支援です。これは事実上の後見という形で表現されています。従来、この研究会の中でも、事実上の後見的なインフォーマルな支援によって、法定後見の発動を差し控えることができるのではないかという議論がされてきたかと思います。それは一つある議論だと思いつつ、最近、障害者権利条約の対日審査の内容を少し丁寧に読み返していて、権利委員会が初回政府報告に関する質問事項の中で、事実上の後見制度を廃止することを挙げているのですね。「そのことについて日本政府がどのような措置を講じたか説明せよ」という質問なので、どうも文脈的には、障害者権利委員会は事実上の後見制度をネガティブなものとして捉えている可能性があるのではないかと思います。

一応、英語の正文も見たのですが、「de facto guardianship」となっていて、これだけだと、この事実上の後見の具体的な内容が必ずしも明らかでないので、私ももう少し勉強しなければいけないと思っています。仮に今申し上げたような事情があるとすると、単純に家族によるインフォーマルな支援で代替できると言い切ってしまうとよいかは、もう少し議論の余地があるかもしれないなと感じました。

もう一つが44ページの任意代理契約についてです。基本的に任意代理契約によって、法定後見の発動を差し控える余地があるというのは、私はそのように考えています。その前提で、多分ここで実務的に将来重要な問題になるのではないかと考えているのが、銀行の代理人届や代理人指定手続などです。今のところ届出の要件などは銀行ごとにまちまちのようですが、大手銀行を中心に具体的な仕組みが最近かなり広がってきているかと思います。多くの場合、日常生活に関する口座について適正な代理さえ行われれば法定後見は要らないとご本人が考えることはあり得ると思うので、こうした仕組みを補充性的手段として活用できる余地があるのではないかと思う反面、現状の仕組みを見ていると、運用性商品の処分などについてもこの届出一本でいけるというような対応を取っている銀行もどうもあるようで、そこまでいくと、果たして監督も何もない状況で、大きな財産の処分、あるいは複雑な取引を事前の代理人届的なものだけで制度化してよいのかという若干の疑問もあります。その辺については、ソフトロー的な規制も含めて何らかの整備がされないと、この代理人届があるから全部それでいけますねという話にはならないかもしれないと、両面で少し悩みがあったということをお願いしておきたいと思います。

(座長) A委員から3点についてお話を頂くことができました。親族による支援をそれ自体実質としてどう評価するか自体、この研究会でご議論があり、今、A委員にも触れていただきました。その議論の様子は報告書に丁寧にトレースしていく必要があると同時に、ラベルを貼るときに、ここで見ている事象を事実上の後見と呼ぶことがよいかという点は、慎重に考えなければいけないということが今のご注意で分かりました。国際連合における議論と変に符合してしまって、ミスマッチを起こすようなことになると、かえって論議の

混乱というか迷走を招きます。A 委員、どうもありがとうございます。今、A 委員のおっしゃった3点に関連してでも結構ですし、他の点についてもよろしいですが、引き続きいかがでしょうか。

(F) 40 ページの必要性のところ、「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」というのは、重要な必要性を判断するための契機だと思っています。そうすると、必要な領域や必要な事項は何かを明らかにすることは、反対に言えば、必要でない事項とは何かを明らかにすることということで、必要でない事項というのは、本人の自己決定や意思決定によって可能となる領域を確保するという意味で、積極的な意味、単なる防止ということのみならず、本人の意思決定の範囲をはっきりさせるという意味でも非常に重要な観点かと思っています。

それから補充性の観点で、おっしゃったように、例えば親族の支援をインフォーマルな形も含めて、補充性の観点からどのように考えるかということが、私は一応当事者の団体として出ているので、私としては気になっています。もちろん福祉サービスなどのいろいろな権利擁護支援システムなどを活用するだけではなく、やはり親族の支援も一定の価値がある、評価されるべきものだと思っています。一般的には親族は、むしろ利益相反であるなど、後見制度の中ではネガティブなところで語られやすいですが、そうではなくて、あえて言えば親族の支援を再評価すべきだと。その内容については、今まだ考えてはいませんが、そういうスタンスです。

(最高裁) 必要性・補充性、同意のそれぞれについて意見を申し上げます。まず必要性については、前提としてこの制度を利用する必要性のようにふわっと抽象的に考えるのか、代理権を付与する必要性、取消権を付与する必要性と少し分解して考えるのかによって、代理権でも取消権でもそれぞれ必要性の中身は違ってくると考えております。必要性と一言で言っても、いろいろな意味合いがあるので、何を念頭に置いて検討するのかということも議論し、きちんと整理して報告書にまとめないと、それぞれが思い描いている必要性が違うまま、議論がかみ合わないことなどもあり得ると思いますので、そこはしっかり意識しておく必要があるのではないかと思います。

そのような前提で、まず代理権による保護の必要性について意見を申し上げます。以前も申し上げたのですが、代理権による保護の必要性については、一つ目として、特定の法律行為をする必要性、二つ目として、その法律行為をするについて第三者に代理権を付与する必要性という意味で二つあると思っています。裁判所で審査する中身としては、後者の第三者に代理権を付与する必要性になるのではないかと考えています。

特定の法律行為をする必要性については、本人の意思決定支援等も尽くしつつだと思えますが、最終的には後見人の方で判断すべきことだと思うので、ここ自体が審査の対象になるわけではないと思っています。ただ、その特定の法律行為をするかどうかを検討する必要が出てきたという意味での必要性の審査は必要になると思っています。一番分かりやすい例で言うと、相続放棄をするのか、相続を承認するのかという点について、そこを判断するのは後見人だとは思いますが、それは被相続人が死亡しているということが前提に

なって、被相続人が死亡していれば、その検討をしなければならない必要性が生じるということになると思います。そういった意味では被相続人がまだ亡くなってさえいないのに、そういう必要が将来的にはあるのだということで後見を付けるということではできなくて、少なくとも被相続人がお亡くなりになって相続放棄をするかどうかを検討しなければいけない必要性が生じたのだという意味での必要性は審査の対象になるのだらうと考えています。

続いて、補充性については、今、F 委員から事実上の支援について積極的に評価してもいいのではないかというようなお話があって、それはそのとおりだとも思うのですが、審査をする場合に、親族による支援をすべきなので却下しますということを実際に裁判所がしているのかどうかについては、非常に気にはなっているところで、なかなか実際は難しいのではないかと考えています。

補充性の中身をどのように考えるのかは非常に難しく、例えば、後見制度の対象として、裁判所が代理権を付与すべき内容として、不動産を売却する、施設に入所するなどの重要な行為だけに基本的には限るということになれば、他の機能では代替できないということになるように思いますので、補充性のことについてはあまり考えるまでもなく、必要性があれば後見人を付けるなどの判断ができるのではないかと思います。しかし、日常生活に関する行為に近いような法律行為までを後見制度の対象として、裁判所が代理権を付与すべきであるということになると、他の仕組みでも代替できるのではないかという話になるのではないかと考えています。裁判所が関与して後見人を付けるという対象の法律行為としてどういうものを念頭に置くのか、比較的大きいものだけにするのか、現行法のようにかなり小さいことまで含めて広く見るのかということによって変わってくると思います。

仮に、日常生活に関する行為に近いような法律行為まで含めて広く対象にする場合には、やはり補充性は検討しなければならないのだらうと思うのですが、補充性があるかどうかを当事者に立証させて裁判所が判断するということについては、地域の実情や本人の置かれた環境などで左右されることなので、立証等はかなり難しいのではないかと考えています。もし補充性を積極的な要件として要求することになるのだとすると、当事者、裁判所だけで判断することは実際に難しい気がするので、何かしらの制度的担保が必要なのではないかと思います。そういったときに、中核機関のような機関が法定された機関としてしっかりあって、そこに意見を聴取し、他の代替的な措置では駄目なのだというような意見をもらった上で判断するというような仕組みが整っていないと、裁判所が補充性について判断することは難しい気がしています。

最後に、同意については、結局、同意の対象を何と捉えるかという問題があると思っています。代理権を付与する必要性について同意があればよいという話なのか、他の手段では賄えないということについての同意も必要なのかという、その同意の対象を何にするのかということでも変わってくると思います。さらに、同意が仮にあったとしても、本人の状態にも波があるので、その瞬間では同意していたけれど、後になってから「いや、同意した覚えはない」という話になることも往々にしてあるでしょうし、本人の同意能力の問題もあると思うので、実際同意をしていたかどうかということと、さらに同意をするだけの判断能力があったかどうかをきちんと立証して、そこを審査することは実際のところは

難しい部分がある気がしています。そういった意味では、同意を、決定的な理由として、何か制度の方向性というか手続の流れが分かれるような重いものとして捉えると、もしかしたらうまくいかないかもしれないと思っているところです。

(座長) 裁判所の方で入念な検討をして、議論のご準備を頂いた様子がよく分かりました。必要性と補充性について、今お諮りしている中で最も重要な観点として委員の皆さんにご議論いただきたいと考えます。

必要性の方について申しますと、今般の資料において、今までのご議論を踏まえ、その中身をもう少し明確にして議論をお願いしようと考えて、二つに分節化したのですね。特定の法律行為をする必要性と、その法律行為を第三者にしてみようということにしなければいけないことの必要性の二つに分けました。今、最高裁がヒントをくださいましたが、そのうちの前者の特定の法律行為をする必要性というものは、その字面を真に受けると、そのまま民法の要件に法文化してしまうと、例えば「自宅を売却する必要があるよね」と裁判所が言わなければいけないということになってしまいます。裁判所が「自宅を売却する必要がありますね」と、証拠などに基づいて言えるかという問題もあるけれども、そもそも裁判所がそれを言うことが変だなという気もしないではありません。今、整理していただいたように、「特定の法律行為をする必要性」と呼んできたものは、実は「特定の法律行為をすることの適否を判断しなければならない合理的な事情が生じている」と言い換えて、そこをまた丁寧に考え込んでいきましょうねというお話かもしれません。そういう方向に向けての重要なヒントを今くださったのではないかと感じます。

補充性の方は、これも必要性和並んで補充性が議論として大事だよねと、この研究会でもずっと議論を積み上げてきていただいている、その方向は恐らく多くの委員の皆さんにうなずいてきていただいたところを踏まえて、本日の資料まで来ていますから、恐らく大筋として、そういう議論を踏まえて今後の検討を進めていくことが安定した論議の進め方であると考えますが、改めて民法の法文にするときのイメージとして、必要性和同じウエート、同じ並びで補充性を並べるときに、どのような文言で書くであろうかなど、そういうものを並べたときに、今、最高裁が悩みを漏らされたように、裁判所が判断するのに適切な要件のフォーミュラをして書くことができるかといったようなことまで、本気で考え出すと、いろいろ難しい部分があるような気がします。

必要性の後ろの方の要件である、「特定の法律行為をするのに、後見人を選任してもらわなければいけない状況にあること」という、必要性のここを一所懸命考えると、そこで考慮した事実、その評価の根拠となる具体的な事実も、ほとんどは補充性のときにもダブルで検討の対象になるわけで、ほぼ同じ要件操作をして、なおかつ、まだもやもやとしていて、補充性があるということを書いてくださいというような審査を裁判所がしなければいけないというなりゆきは、裁判所が困るというより、不可解な要件構成になっていますね。結果的に法文にするときに、要件事実論という、 $a$  と  $a+b$  のような関係になって、必要性を一所懸命考えたら、もう補充性ありという関係になるよというときに、それをわざわざ法文に書くことは法制的には持ちません。思想的には補充性という観点が大事ですよというお話はごもっともですが、これからはその辺をもう少しきめ細かく考えていかなければいけない側面もあるものではないかということ、今の最高裁のお話などを聞いていると

感ずるところがあります。ご発言を参考にさせていただいて、他の委員の皆さんにおかれても、この機会に、それに関連するご意見があれば述べていただきたいと望みます。引き続きいかがでしょうか。

(G) 議論の流れから外れるかもしれませんが、大きく分けて二つのことを申し述べたいと思います。一つは、必要性の判断と、本人の同意ないしは意思との関係をどのように考えるかということです。私は、両者は次元の異なる問題であると思います。例えば資料の40～41ページにかけて、「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」とされていますが、両者は別々の段階の問題として判断しなければならないのではないかと考えます。

それには、大きく分けて二つの理由があります。先ほど来議論があるとおりの、実際上の問題として、同意の認定が難しい場合がありそうだということが一つです。もう一つは、自分自身がする行為について、支援を受けて意思形成をすることができるのであれば、成年後見制度を利用すべきではないのではないかとということです。

二点目についてももう少し詳しく申しますと、ここにいう必要性は、何らかの意味において意思決定について支援を必要とするという判断を中核とするだろうと思います。しかし、成年後見制度は、意思決定を支援する必要がある全ての場合を引き受けるわけではなく、そのうちの一定の場合を引き受けるにすぎないのだと思います。現行法では、代理権を与えたり、行為能力を制限するといった必要がある場合に限定されているわけですが、今後、どういう制度設計にしていくかについては、さらに議論の必要があるかと思います。ただ、いずれにしても、意思決定支援が問題になる全ての場面に成年後見制度で引き受けるわけではないだろうと思います。

このことを前提として、非常にドグマティックなことを言うようですが、支援を受けて自分自身で決定することができるならば、自分自身で決定しなければならない、それを放棄することはできないというのが、民法の前提であろうと思います。現行法をベースにして申し上げますと、行為能力が制限されるということは、本人が同意すれば認められるというのではなく、ある種の公序を形成するものではないかと思っています。そうすると、本人の同意があるから直ちに必要性を認めるという考え方は採用することができないのではないかと考えております。

なお、以上は、本人の同意は十分条件ではないということであって、それが必要条件であるか、つまり本人の同意がない限りは成年後見制度の利用は認めないこととする余地があるかについては、また別に検討の余地はあるかとは思いますが。

二つ目のことも結局それと関わるのですが、いわゆる必要性を確認するときに、現行法は、判断能力が不十分であるということが医学的に確認されることを求めています。「精神上の障害により」という形で表現される部分です。その位置付けですけれども、医学的に判断能力が不十分であるということが確認されれば、直ちに成年後見制度を開始すべきだとはいえないうちだろうと思うのですが、その一方で、医学的に判断能力が不十分であることが確認されなくても成年後見制度を利用することができるかについては、慎重に考える必要があるのではないかと思っています。医学的な評価だけではなくて福祉的な評価、あるいは多元的な評価が今後は必要になってくるだろうとは思いますが、それでも、意思

決定が難しい状況が医学的に確認されるということがいわば最低限の要件として存在することには、なお意味があるのではないかということです。

それはなぜかと申しますと、意思決定について支援を必要とするという判断には、何らかの意味での客観性が担保されなければならないと考えるからです。そのためには、医学的な評価を、絶対的なものではないにしても重視することがなお有意義ではないかというのが、今申し上げたことの趣旨です。また、意思決定の支援が必要だという判断を福祉的な観点だけから行うと申しますと、以前も議論が出ましたが、身体障害によって意思表示が困難な場合などとの理論的な区別がしにくくなるかもしれないとも思います。

結論として申しますと、必要性、成年後見制度の枠内で意思決定について支援が与えられるべきかどうかは、本人の意思のみによって決定することができるのではなく、客観的な根拠に基づいて判断されなければならないのではないかと、そのためには、最低限のこととして、判断能力の低下が医学的に確認されることを求めるという考え方も無視し難いのではないかということです。そのように考えて、本人の意思とは異なる観点から必要性を判断するという要件の構成になるのではないかとイメージしております。

(座長) G 委員から、大きく分けて二つのお話を頂きました。今、委員の皆さんにはこの後見を開始する要件のことをお諮りしています。どうしてもそのように小分けにしてお諮りせざるを得ないからそのようにお尋ねしていますが、考えてみると、開始の要件だけ尋ねても、始まったものがどういうことをする制度であるかということが決まらなないと開始の要件が議論しにくいという、相互に見合いになって循環する関係になっています。そこは委員の皆さんお気付きのとおりです。

G 委員のおっしゃった前者は、始まった後見の中で行為能力の制限や取消権がどうなるかという議論の帰趨が決まらなないと、開始要件にどう影響するかが決まらなところはありますが、そちらが決まるまで開始要件の議論をやめるわけにはいきませんから、そこが議論の仕方が難しいです。

G 委員がおっしゃった後半の方では、開始の要件として、少なくとも医学的な所見で本人の自らの判断が困難であるということが、それだけではないけれどもミニマムな要件として要請されるものではないかというお話を頂きました。恐らくコアになる観点が医学的な観察で「困難ですよ」と述べられる場合であるかもしれません。それとともに、先ほどの A 委員のご発言の 1 点目で頂いた、必ずしもメディカルという観点だけで決められない事象についても、どのように対処していくか注意を払っていきましょうというご注意も忘れないようにしながら、併せて検討していかなければならないであろうと感じます。引き続きご意見を伺います。

(B) 今の G 委員のお話とも関係すると思いますが、研究会資料の 36～37 ページの「医学的な判断を必要な前提条件とするか」ということと、また、必要性の要件との関係にもつながることですが、今回の具体的な制度は、個別の法律行為や事務ごとに本人の代理権付与の必要性を判断することになるので、本人の属人的な判断能力ではなく、本人の当該法律行為や事務との関係での判断を、医学的な視点からも、できるか、できないかを見ていくことになるのではないかと思います。それは前提条件というよりは、先ほどから議論

になっている、法律行為をする必要性とその法律行為を自ら決定できるかどうかということの必要性に影響する要素として医学的判断も考慮することになるのではないかと。そのような意味で言うと、代理権付与の要件判断に、医学的判断が必要だとは思いますが、それが前提条件として現在の開始決定のように位置付けられるものではないと考えています。

これは、「障害」に関する捉え方、障害の概念にも影響しますが、この判断能力や意思決定能力というのは、医学的に機能的な精神上的障害によって、一定の物事を合理的に判断することについてしんどい部分があるということと、一方で、それを社会的な環境の中で丁寧に説明したり、分かりやすくしたりすることによって、そうした物事を判断できるようにしているかという社会的環境を両面を考慮して、意思決定能力についての障害の有無を評価するということが、今の社会モデルに基づく「障害」の考え方になっていると思います。そうすると、この判断能力、意思決定能力について裁判所が判断するときにも、その両面から判断することにならなければならないと思っています。そのような意味で言うと、意思決定能力についての医学的な診断は一つの重要な要素にはなりますが、あくまでも一要素であって、それを要件にどう位置づけるかということ、やはり必要性の要件判断における要素になっていくのではないかと考えています。

そして、「必要性」というのは、当該具体的な法律行為を行う、意思決定する必要性、そしてこの必要な法律行為を自ら判断することができるかどうかで決まる。キーワードは、本人が自己決定をする必要性があるかどうか、それにつき自ら自己決定することができるのかが必要性の判断における具体的な立証命題になるのではないかと整理するのがいいのではないかと考えています。そうすると、先ほどの裁判所からのご発言で、法律行為をする必要性は比較的自明ではないかと言われたことについても、自明とはいえ、本人にとって、今、その法律行為をする必要性があるかどうかということと密接に関係してくるのではないかと考えています。

例えば遺産分割協議が必要な場合に、本人は認知症で遺産分割協議ができないので、必要性があるから代理権付与をしてほしいという申立てがあったときに、本人は遺産分割に関して理解することが医学的に見ても難しく、さまざまな支援をしても難しいということになれば代理権付与の必要性ありということになるのでしょうか。同時に、この方については、日常的な金銭管理は親族がしていて施設の利用料などを自動引き落としで払っている。これについては、親族に任せていることで賄えているので、本人が金銭管理の意思決定や事務をする必要性、それができないために代理権の付与をする必要性はないとなる。このように、個別の法律行為ごとに必要性を判断していくことになるのではないかと想定しているところです。

そのような整理で、G委員と一緒にかもしれませんが、必要性というのは客観的に見ていくものであって、本人の同意という主観的要因とは区別して見ることになるのではないかと考えています。本人が法律行為をすべきことやそれに代理権付与すべきことにつき、同意や理解をしたからといって、それが必要性に反映するものではなくて、それはあくまでも本人の法的能力を一定制限する法定代理権を付けるに当たっての正当化事由としての本人の同意という主観的な要素として整理すべきものだと思います。そして本人の同意というのは、本人の法律行為等の事務を第三者が行うという代理権付与に関する同意が対象になるのではないかと考えています。それに関する同意の能力があるかどうかは、医学的な

判断及び本人のおかれた状況によって検討することになるのではないかと整理しています。

「補充性」については、必要性との違いについて、前からも同じような議論があり、私も座長から検討を問われてもいますが、必要性とリンクしているというのはそのとおりだと思います。その意味からは、補充性の要件の位置づけとしては、意思決定の必要がある法律行為等について、自ら意思決定ができないものではあるが、それについて、代理以外の他の制度を現在利用しているかどうかというレベルで補充性を捉えることになるのではないかと思います。事実上家族が金銭管理しているというような事情は、自ら金銭管理をする必要性があるかどうかという必要性の方で判断をしていくことになるのではないかと。今まで必要性と補充性と分けていたものは、このような整理になっていくのではないかと今のところ考えています。

なお、研究会資料記載の事例 A・B・C についてですが、事例 A については、当該事項について本人に判断能力があって、利害得失が分かる人である場合は、本人の請求・同意があるとしても、直ちに代理権付与の必要性があるとはならないと考えます。A の場合でも、本人の意思決定能力に関する医学的な知見、あるいは本人がこの契約をすることに関して自ら意思決定ができない何らかの事情のようなものが認められる場合に、初めて必要性があると考えべきなのではないかと思っています。先ほど述べましたように、やはり法定代理人ですから、解約が自分で自由にできることでもないことと、本人の意思を制約するという性質がある以上、そのような客観的な必要性の要素が必要だと考えています。

事例 B については、本人が断固として同意していないということの中身によると思います。自分のこれからの身上面での支援が劣化するということも分かった上で、なお、自分が先祖代々受け継いだこの土地は絶対に売らないで、自分はそれで少くく生活がきつなくなってもいいと理解した上で同意しないのか、あるいは客観的に自分の生活が立ち行かなくなると理解できずに同意しないのか、によって変わってくると考えますので、本人の同意能力の評価いかんにより分かれてくるのではないかと考えられます。必要性ではなく、本人の同意能力のところで分かれ道が出てくるのではないかと考えています。

事例 C については、本人が不動産の処分につき理解できないというのは本人に同意能力等がない状況なのだと思いますから、法律行為をする必要性と代理する必要性があって、かつ同意がなかなか難しい方の場合に、同意がないけれども代理権を付与するかどうかという議論だと考えます。ここで必要性の判断はあくまでも本人の必要性で考えるので、親族が売ってほしいと言うだけでは、必要性の考慮要素にはならないということが基本的なところかと思っています。

事例はそれぞれ、そのようにして区別していく問題なので、必要性の議論と本人の同意能力があるかということが絡み合いながら、実際には判断されていくと考えています。その同意能力を同意能力という一つの要件にするのか、本人の同意の力が必要性に影響するということに整理するか、どちらの整理にするかは、なお議論があるかと思っています。

(座長) ご意見を頂きました。しばらくしたら、研究会資料 16 を終える段階で、J 委員、K 委員、L 委員のご意見をお尋ねしてみたいと考えますが、もう少し議論を続けます。

ここまでのご議論で、多様な観点のご指摘を頂いています。「医学」という言葉をキーワードにして取り上げたときに、ご発言いただいた順番で言うと、A 委員、G 委員、B 委員

にそれぞれ異なる観点のお話を頂いていて、後々整理をするときには、これを記録に残し、典型的な一つ一つのご意見であると受け止めて、また議論を深めていく必要があると感じます。皆さん、礼儀正しくて、「基本的には同意見ですが」というふうに述べますが、決して全然同意見ではなくて、共通するところもありますが、本質的なところで、それぞれの特色ある観点をお出しいただいていますから、そこも注意を払って見ていかなければいけないと感じます。

(E) 私も医学的判断のところで発言したいと思います。医学的判断の捉え方が、診断がつくということなのかどうかということです。私はこれまで実務の中で、特に補助・保佐の方などは、例えば高齢者の方であれば、認知症という診断はつかないけれど認知症の疑いというような診断が出ることがあります。それから精神の方の場合も、なかなか医療とつながらないような方で、診断名は付けられないのだけれど、成年後見制度の必要性というところで初見の医師が診断を書くことがあります。

そもそも民法の中では、鑑定をすることが原則であるところ、例外である診断書がほとんど原則的になっている、鑑定自体が1割を切っているという状況の中で、医学的な判断が当然前提にあると思いつつも、医師の診断書に相当頼って判断、開始が始まっています。さらに、令和元年からは本人情報シートが医師の補助資料として使われています。私が現場の中でいろいろな相談を受ける中で、医師の捉え方と周りの支援者の捉え方に相当ずれがあるときに、本人情報シートを活用しながら、そのすり合わせをすることをよく助言しています。裁判所も今そのような対応をかなりしてくださっている中で、医学的な判断が必要であるのはもちろんですが、それは診断がつくということではないということも発言しておきたいと思います。だからこそ開始だけではなく、開始された後の見直しが重要で、これは本来、判断能力の障害ではなかったというものが出てくる可能性は否定できないのではないかと思うのです。そういった場合には速やかに法定後見を終わらせるということも必要ではないかと思つきます。

それから、2「補充性」(ウ)「福祉等による支援」のところで、研究会資料16の45ページにその例が書かれています。まさに補充性のところが地域格差がある、だからこれがかなわない地域では後見制度を続ける、あるいは開始しなければいけないということが出てくる。だから、補充性のところは必要性の判断とやはり一緒というところで、総合的に見て申立てが必要なのではないかということを今、中核機関等で、先ほど申し上げたシートを使いながら、本人の同意がある、ないも含めてやっているところと合致するような形でぜひ記載していただきたいというお願いです。

(座長) 現場の感覚を伝えていただきました。私は市民後見人の方が受講している講座でスピーチをしたときに質疑を受けて、「医師の診断が最初から間違っていることもあるし、最初された診断から、後で事情が変わってくるようなことも現場ではたびたびあります。こういうとき今の制度だとどうなりますか。それから今後はどうなっていくのでしょうか」と尋ねられて困りました。引き続きご意見を伺います。

(H) 特に新しいことを付け加えるわけではないのですが、先ほどG委員から出された

ご意見の2点目について、方向性としてよく考えてみる必要があるというか、基本的には同感するという一言発言しておきたいと思います。

この「医学的に確認」という言葉は、鑑定とは違う含みで使われているのだろうと、まず今のやりとりの中で理解はしました。同意要件をうまく機能させれば、入り口というか、前提条件としての判断能力を厳しくしなくてよいのかもしれないという理解に私は傾きかかっていたのですが、今のご議論を伺っていると、同意というものに過大な意味を持たせることの危うさがいろいろな形で話題になっていたような印象を受けました。そうすると、保護的手段ではありますが、裁判所が関わって発動していく成年後見を使う要件として、判断能力の不十分ということを最低限の要求として設けることの意義は、なおそれを要件とする方向で慎重に考えなければいけないという意味で同感しています。

それに関連して、35ページでご紹介いただいている、同意できる程度の能力があれば任意代理でよいのではないかということが平成11年改正でも議論されて、一種のサービスの代理としての代理権を認めることが相当だとなったというのは、私個人の心情としては、このようにしてサービスが広がることは悪くはないとは思っているのですが、今やろうとしている制度改正との関係で見ると、これも多分先ほどのG委員のご指摘の中に入っていたのでしょけれども、福祉的な支援などを充実しながら、意思決定支援が必要な場面の一部分を成年後見で適切に対応していこうという方針でやっていることを考えると、やはり入り口の要件の重要性、乱用防止の観点も含めて、成年後見を発動するに当たっての判断能力についての条件を最低限のハードルとして設けることは大事ではないかという印象を深めています。

(座長) ご意見を頂きました。資料のご案内を差し上げます。資料の中で「医学的に確認」「医学的に判断」と記している箇所は、H委員のお見通しのとおり、鑑定を用いるという意味ではありません。それはおっしゃるとおりです。

(I) 医学的な話とは別の点で、まず46ページの補充性の判断の在り方について意見申し上げます。最高裁からご発言があったように、これを仮に独立した要件である、あるいは必要性の判断に含まれる要件であるとした場合に、裁判所が本当に判断できるのかを慎重に考える必要性があると考えますので、このあたりの記述には賛成しています。仮に要件の一つにするのであれば、第三者機関からの情報提供の在り方も含めて手続的な整理も必要になってくると思います。

また、他の機関が適切に支援すれば自己決定ができるかという点を裁判所が判断するに当たり、単にそのような支援機関があるというだけではなく、その機関が適切にサポートできるかも審理するのであれば、結局のところ補充性の判断は必要性の判断と重なってくるのではないかと思います。そうであれば、仮に条文化するとしても、補充性の要件を必要性の要件と切り分けて規律するかどうかといった点はなおさら検討する必要性があるとは思っています。

それと関連するかどうか分かりませんが、44ページで、訴訟法上の特別代理人制度があることは補充性とは関係ないという趣旨の記載があります。たしかに、細切れで実体法上の成年後見を使うことになると、当該訴訟限りでという使い方もされるようになると思

ますが、少なくとも、この訴訟法上の特別代理人制度は、実体法上の法定代理人がない場合の臨時的制度であるので、原則としては、こちらではなくて実体法上の法定後見を使ってもらい、従って、補充性の判断には影響を及ぼさないことだと思います。ただ、どちらかというところと研究会資料 17 の最後の方に書いてある点ですが、仮に実体法上の成年後見の要件に同意や補充性の要件が入ってきたりする場合に、訴訟法上の特別代理人制度の要件もそれにそえるのか、これは別で今までと同じような使い方をしていくのか、この制度自体の存在意義や要件については、改めて検討する必要があると思います。ただ、そちらは恐らくもう少し後の話だと思いますので、そこで適宜発言させていただきたいと思います。

(座長) ご指摘のとおり、もう少し後にも引き続きご議論いただく必要がある観点であり、ここでしている実体法の検討が民事訴訟法第 35 条の規律の在り方の見直しにどのように波及、影響していくかについて、引き続き I 委員からお気付きのことを折々にご指摘いただければありがたいと考えます。他にいかがでしょうか。

(A) 私も新しいことを付け加えるという趣旨ではなく、今まで出た議論の中で賛成できる点について触れておきたいと思います。40 ページの代理による保護の必要性について、その必要性を二つの要素に分けて検討するという方向性は私も賛成です。その上で、①「特定の法律行為をする必要性」というものは、具体的には、特定の法律行為の実施について検討する必要性と理解するべきではないかと考えています。これは最高裁からもご指摘がありました。仮にこの要件について法律行為をする必要性があることを裁判所が認めたという趣旨に捉えてしまうと、家を売却しなさいと裁判所が決めて、法定代理人は単に履行補助者的にこれを実行するというだけの話になってしまいます。それは成年後見の在り方として少し違和もあるので、あくまでもその実施について検討する必要があるという趣旨に理解するべきではないかと捉えています。

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」については、これもいろいろな方からご意見がありましたが、補充性との関係において、②の判断の中に、補充性の具体的な判断が実質的には解消されるのではないかという意見についても、基本的に賛成で、補充性要件を別建てにする必要はないのではないかと思います。

その上で、なお補充性の判断についてやはり難しいなと思うのは、先ほど B 委員からも発言がありましたが、今、既に成年後見ではない形での何らかの具体的な支援が行われていて、それで十分ではないかという判断は一つあり得ると思うのです。今の支援体制で十分足りているので、あえて法定後見を発動する必要性はないという評価は裁判所として成し得る範囲ではないかを感じる反面、他の委員からも同一の指摘がありましたが、裁判所の方から「このようなやり方もあるのではないか」という形で、実際に使われていない、現に実施されていない他の手段を挙げる形で、だから法定後見は動かしませんというのは、なかなか評価として難しいところがあるのだろうと感じます。もしその点まで補充性の要素として先ほどの②の要件の中に実質的に解消するのだとすると、やはりプラス  $\alpha$  の何らかの制度的な工夫が必要ではないかと感じた次第です。

(最高裁) 先ほどの同意の危うさのようなものを申し上げましたが、やや反対の話にもなるかもしれません。この後、終了の話になると思うのですが、開始要件と終了要件がある意味表裏の関係になるとすると、例えば同意について、開始のところでは、ある程度決定的な要件として見るということだとして、反対に同意が手続開始後になくなったということであれば、手続が直ちに終了するようなことだとすると、同意の危うさのようなものがあったとしても、なお同意を生かす余地はあるのではないかとはいえます。

ただ、そういう形になると、同意して開始しては、やはり同意はやめたということで終了し、また同意したということで始まってまた同意はやめたということで終了しというような方が結構いらっしゃるのではないかと感じます。そうすると、安定的な手続運用にならないという問題点はあると思うので、同意については慎重に扱う必要はあると思います。同意が決定的に難しい事情になるかということ、そうではない要素もあるのではないかと、一応念のため補足しました。

(C) 私が誤解しているのかもしれませんが、別の観点で発言させていただきます。必要性の問題について考えるときに、例えば遺産分割協議などが問題になっているというB委員が挙げてくださったケースなどで、親族などがあえて必要性はない、本人が意思決定できるのだというような主張をして、事実上の後見を濫用するようなケースもあり得るのではないかと思うのです。つまり、遺産分割協議書に、よく分かっていないのに本人にサインをさせるようなことをする場合も一応考えておかなければいけない気がしています。

そうすると、まさに医療判断として、決定的なことは言えないけれど判断能力にかなり疑問符が付くような場合に、法律行為の性質によっては、支援をする人が周りにいないのに、どうしてこれで後見を開始しなくて大丈夫だと言えるのかということをお親族等に説明してもらわないといけないようなケースもあり得るのではないかと考えています。そのような意味では、まさに医学的な判断と法律行為の性質などを総合考慮した上で、他の手段があるから必要ないのだということを、むしろ周りの人に説明してもらって裁判所が納得できるかというような判断の方法を取らなければいけない状況があるような気もしたので、必要性・補充性で重なる部分は多いと思うのですが、一応今のところは完全に同じものですねという形でまとめてしまっているのか若干気にしています。

(J) 今、皆さんのお話をお聞きして、一定程度の医学的な方面からのご意見はあってもいいのだろうとは思っています。ただ、それが決め手になってしまうということではないということは、できたら確認しておきたいという思いがあります。

また、後見制度以外で、どのような本人の人権を守る支援が周りにあるのか、どのような支援をする人が周りにおられるのか、環境や能力は各地域や本人一人一人によって違いますから、私は一つではないかと、一人一人違うのではないかとはいえながらお話を伺っていました。

親として、本人の持っている能力はきちんと使わせてあげていただきたいという思いがありますので、そういうことから考えると、医学的に見て、この人はだいぶ重度だから難しいよというような方であっても、サービス事業所の職員など、この人との意思疎通はこのようにすればできるということをご存じの方が丁寧に言うと、本人に伝わる場合があります。

ます。親としてはそのような周りの方のご支援を頂きながら、本人の意思をできるだけ確認しながら、進めていただきたいと思います。

そのような意味では、いつから後見を使うのか、どのようになったらやめるのかというのは、一人一人違うのではないかなという感じがしています。それを法的にどう書くなどというのは、私は素人なので全く分からないのですが、本人を支援する地域の支援能力や、周りにどういう人がおられるかで随分違って来るなということは感じています。きちんと本人の人権擁護支援をしていただいている地域であれば、一定程度のところまで成年後見を使わなくてもいける場合もあると思います。ただ、そうではない地域は、やはりもう少し早めから使わざるを得ないようなことも起こってくるのではないかと思います。ケース・バイ・ケースだとは思いますが、そのように感じながらお話を聞かせていただきました。

(K) 今、皆さまからのご意見をいろいろ伺っている中で、J 委員もおっしゃっていましたが、個別で一人一人違うなというのは私もすごく感じたところです。その方にとって何が必要なのか、いつ開始するのか、どこでどう使っていくのかというのはケース・バイ・ケースというか、それぞれ違うところはあるとはいえ、一律まではいかななくても、一定のものを示さなければいけないのかなという点では、ある程度枠は決めておく必要はあるのではないかと感じています。

一方で、やはり一人一人違うパターンはあるので、大枠は決めながらも、いろいろなパターンが組み立てられるようなものにしなければならないなということも併せて感じています。ですので、大枠とパターン別のものをいろいろ組み合わせて、こういうパターンもできる、ああいうパターンもできるという形で、うまく使えるようになっていくといいのではないかと思った次第です。障害の程度などによっても全然違いますし、同じ統合失調症の方でも、そのときの症状の出方によって認知度の違いなどもあるので、そういうものに合わせていく必要はあるのではないかと思って今まで聞いていました。

(L) 制度改正に注がなければならないエネルギーが何と大きいことよと思いながら、お話、ご意見を承っていました。1 点だけはっきり意見が言えるのは、医学的判断にあまり重きを置かれてしまうと、特に認知症の高齢者、あるいは認知症の方にとっては、ものすごく齟齬が生じるなということです。先ほど座長もお話しされたように、そもそも最初から確定診断が間違っているということはざらにあって、認知症の確定診断を本当に正しくできるお医者さまは果たしてどのくらいおられるのかというのは、私たちにとっては非常に大きな課題になっているところでもあります。そういうところからいくと、あまり医学的判断に重点を置かれてしまうと、ましてや、毎回申し上げている進行性の病気という視点から言っても、かなり危ういなという気がしています。

制度改正をしようということで在り方研究会がスタートして、元々重たくてがんじがらめの制度だから、私たち利用者にとってデメリットの部分ばかりが気になる、改正してもらってももう少し柔軟な制度にしてほしいという非常にシンプルな思いがあって成年後見利用促進法ができて、そして本当に重厚な議論が重ねられての今日だと思うのですが、必要性・補充性ということにも非常に多様なご意見がある中で、本来はどこがポイントだったのかが行ったり来たりしているうちに、そこまで詰めなければいけないのかな、率直に言

って非常に難しいものなのだな、こんなことをしていたらいつまでたっても変わらないのではないのかなという気さえ、本当に素人ですからしてしまうということがあります。

制度の利用が必要な人あるいは利用する人がいて、そしてそれをこの制度の枠組みの中で支援する後見人、補助人、保佐人、その他の方がおられて、そして制度開始などの判断を裁判所がする、この三つのファクターだけで制度が動いていくのではなく、今、改正の議論と併せて、例えば中核機関の設置やモデル事業など、さまざまなものが動いているわけですね。そうすると、先ほど来の議論の中で、ああでもない、こうでもない、「これは裁判所が独自で判断するのは厳しいですよ」「ここはどこにポイントがあるのでしょうか」「この人にとって本当に必要なものは」とありましたが、中核機関と名付けられるところで、本人をより深く理解するためのさまざまなネットワークの中で権利擁護をしていこうという仕組みができつつあるわけですから、制度の改正に伴うさまざまな工夫や、新しく構築されているものがうまくリンクし合うようなことをイメージしたいなと私は実は思っています。

ですので、どちらの議論が先行する、どちらの議論を先行せねばならないのかという判断さえ私にはつかないのですが、いつも「そんなにややこしいなら中核機関があればいいんじゃないのかな」「それはモデル事業でできるんじゃないのかな」というようなことを少し感じつつ、中核機関もモデル事業も、はっきりとした位置付け、あるいははっきりとした仕組みにまだなっていないところに少し不安を感じていると、そのような思いでこれまでの皆さんのご意見を聞かせていただいたというのが今の時点での感想です。

(座長) 各委員から、多岐にわたるごもっともなご要望、ご意見を頂戴しました。最後の方でお話しになっていた地域社会福祉との関係は、休憩の後にご議論をお願いする研究会資料 17 との関係において、より一層切実な問題として問われてくると見通します。すこし休憩にしましょう。

#### —休憩—

(座長) 再開します。研究会資料 17 に進みます。法務省から研究会資料 17 の初めの部分、第 1 「法定後見制度の終了に関して検討すべき項目」の部分に関して説明を差し上げます。

(法務省) 研究会資料 17 の第 1 では、法定後見制度の終了に関して検討すべき項目について取り上げています。まず、1 は、必要性及び補充性の消滅を終了事由とすることについてです。1 ページの補足説明 2 では、第二期基本計画における指摘等を踏まえ、判断能力の回復がない場面でも、法定後見を終了する規律を設けることを検討する必要があるということに言及しています。

その上で、2 ページの 3 (1) では、本研究会において法定後見を開始する際に具体的な必要性や補充性を考慮することとした場合には、当該必要性や補充性が消滅したことを法定後見の終了事由とする規律を設けることを支持する意見が多数あり、関連して、どの時点で具体的な必要性が消滅したといえるかについて、必ずしも判断が容易でないケースに

関する指摘があったことに言及しています。

また、3の(2)では、必要性や補充性の消滅を終了事由とすることで、本人の判断能力の回復がない状況で成年後見人等が関与しなくなるなどの場面が生じることについて、本研究会における議論を整理しています。

3ページの3(3)では、必要性や補充性の消滅により法定後見が終了する場合でも、状況の変化により、速やかに制度を再度利用することができるようにする観点から、①として、後見等開始の審判を取り消さず休止するという方策について、②として、再度の制度利用に当たり、開始の要件を緩和するなどの特別な方式を設ける方策について、本研究会における議論を整理しています。

次に、5ページの2は、有効期間の設定や更新の制度を設けることについてです。補足説明3(1)では、後見等の開始後も、定期的に必要性や補充性の存否を確認して、保護の見直しを行う機会を設ける仕組みとして、後見等の開始の審判において有効期間を設定することを支持する意見が多数あったことなどを記載しており、3(2)では、有効期間を満了した際の取り扱い、更新について、本研究会での議論を整理しています。

(座長) 後見の手続を用いる状態を終了させるための要件についてお諮りします。ご意見をどうぞ。

(D) 必要性および補充性の消滅を終了事由とすることについて、これまでの研究会で既に述べているところですが、賛成します。ただし、本人が希望ないし同意するのであれば、必要性・補充性の検討をするまでもなく、利用を継続できるような制度が望ましいと考えています。

次に、研究会資料17の2ページに記載のある、施設入所者等の場合において、継続的なモニタリング等の行為が法定後見の後見人等が行う事務であるのかとの指摘の点について述べます。施設入所契約は、単に施設に入所するという契約にとどまらず、健康・安全に生活を送るために必要なさまざまなサービスの提供を受けることも契約内容に含まれており、そのようなサービス提供が履行されたことを前提に、毎月の費用を支払うという関係にあると考えています。つまり、施設入所契約において定められた施設側の義務が適切に履行されているかどうかモニタリングすることも後見人等が行う事務に含まれており、後見人等に代わってこれを引き続き行う者が存在しない限り、必要性・補充性が消滅したとは言えないと考えています。

また、本人の権利擁護の観点から、必要性・補充性の要件の判断は裁判所だけで行うのではなく、本人や後見人の他、中核機関等の本人に関与する地域や福祉の関係機関からも情報提供を受けて判断するという、以前の研究会で検討された点についても、さらに検討を続けるべきと考えています。

さらに、実務的な観点から、後見制度の利用が終了した際の財産引き継ぎについて課題があると考えています。現在の制度で後見が終了するのは、本人の判断能力が回復したか、本人が亡くなったときなので、判断能力が回復した本人に引き渡すか、口座を凍結した上で相続人に引き渡すという対応をしています。しかし、必要性・補充性の消滅により後見が終了した場合には、本人に一定の財産管理に関わる判断能力があれば本人自身に引き継

ぐことができますが、能力に疑義があり、本人自身へ引き継ぐことが適当ではなく、第三者に本人の財産引き継ぎをせざるを得ないケースも考えられると思っています。

このように、第三者に財産を引き渡した場合に、もしその第三者が不適切な財産管理を行い、財産を引き渡した成年後見人の責任が問われるようなことになれば、第三者に財産引き継ぎをすることは事実上困難となりますので、財産の引き継ぎ先の決定や引き継ぎの方法についても、併せて検討の必要があるのではないかと考えています。

休止制度については、後見制度の現行の3類型を維持するのか、特定の代理権・取消権等を個別に付与する制度とするのか、あるいは制度の枠組みをどのような方向に改正するのか、その制度の在り方によって有用性等が変わってくるので、さらなる検討を続けるべきと考えています。

(E) これはまだ十分議論できていないので、私の個人的な意見になることが多いのですが、必要性および補充性の消滅を終了事由とするかが1番目に出てきて、次に有効期間の設定が出ているのですが、私はこの順番を逆にしてはどうかと意見として申し上げたいと思います。つまり、終了するという事は、ここにも書かれているとおり、結局何らかのモニタリングをすることになりますから、ここで継続するかどうかを判断しているのだと思うので、有効期間の設定や更新の制度を設けるということが先に来て、その後終了にしたらという意見です。何を以て終了と判断するかについては、継続するかどうかの判断のところと連携する話なのではないでしょうか。

(A) 実務家の先生方にお伺いしたいのですが、現行の補助制度についても、本人の判断能力が回復されない限り基本的には終了されないというのが一般的な取り扱いなのでしょう。というのは、平成11年の立案担当者の解説などを拝見する限り、補助に関しては、各個別に付与された権限の必要性がなくなれば、むしろ終了させるべきだというニュアンスの書きぶりもあったような気がしていて、必ずしも後見・保佐と同列に現行法でも議論できないのではないかとこの感覚もあるので、そのあたりの実情がどうなっているのか教えていただければと思います。

(E) 一例ですが、私も補助の取消しの経験があるので申し上げます。配偶者が亡くなった相続の対応と、障害があるお子さんの施設入所について、被補助人が契約するときの支援をした経験があります。全て終わったときに、被補助人本人がもうこの制度は使わなくていいということで、診断書はなく、要は、付与されている代理権が私には不要ですということを裁判所に申し立てて補助取消しになっています。それは10年ほど前で、最近ではないです。そのような例とともに、周りで聞いていても、補助を取り消すケースは最近結構目にします。

(B) 私は、5年ほど前に、一時的に認知症が進んで精神科病院に入られた方が退院するに当たって、金銭管理のために補助人を付ける必要があるとなって本人も同意して選任された事案がありました。ご本人は退院して自宅で生活したら思い切りお元気になって、自分で証券会社へも、銀行へも毎日のように行って、「自分で何でもできる、補助人は邪魔

だ」となり、本人が裁判所に補助取消しの申立てをしました。裁判所は、特段に新たな診断書を求めることもなく、本人が「私はこんなにできる」と持ってきた資料や補助人の意見などを基本にして、必要性なしとして取り消されたことがあります。

(A) ありがとうございます。今の実例を直ちに一般化できるかは分かりませんが、この点に関しては、補助の現実の運用についても、かなり新制度の立て付けのヒントになるのではないかと感じました。

(座長) 現行の制度を見たときに、補助の終了のあそこのみ、いわば穴になっていますね。後見と保佐は医学的に見た回復が要件で、そうでなければ取消しにならなりません。補助は、まず A 委員ご指摘のように、理論的にそれを要件としないで終了する可能性を、いわば法理論というか、法制上の規律として初めから予定していたし、そして、E 委員と B 委員からご指摘いただいたようにその実例も豊富です。

必要性・補充性の消滅というものは、もちろん今、将来に向けての制度改革の一論点として議論していますが、そのような意味では、必要性・補充性の運用の一種の疑似体験のようなことをしているという側面があります。今の意見・情報交換は重要であったと感じます。引き続き伺います。

(最高裁) 必要性・補充性の消滅が終了事由になることについては、そのように考えるのが自然かと考えています。ただ、必要性・補充性が消滅したことについては、実際には、裁判所に対して必要性と補充性がなくなったということを書いてもらわないと、裁判所としては気付くことができません。現行法上も、基本的には申立てがあって終了について判断するという建付けになっていますので、同じような建付けがよいと考えています。

また、現行制度に対する批判の多くは、やはり、「終わらない後見」というところにあります。今回、2 ページには施設入所契約、3 ページには預金取引が例として挙げられていますが、先ほど D 委員からお話がありましたけれど、施設に入所すると、その後、きちんとサービスが提供されているかをモニタリングする必要があるということはそのとおりなのだと思います。そうすると、入所事案では、入所している限りは後見が終わらないという話になりますし、預金取引についても、預金取引について代理権を付けたとなった場合には、本人に日常のお金を渡すようなことでも、それが毎月必要だということであれば、結局、預金取引の代理権について、いつまでたっても制度利用が終わらないという問題が生じると思っています。そうすると結局は、現行制度に対する批判と同じ批判がされることになり、あまり意味がないのではないかと考えています。

例えば施設入所契約でも、終わるような後見は考えられないかと考えた場合、継続的契約だから必ずずっと代理権を持っていなければいけないかということ、実は必ずしもそうではないのではないかと考えています。入所契約を締結することについては、高度な法的判断が要るので代理権は付けるけれども、その後の料金の支払などについては、自動引落としの手続を取れば、そもそも人は要らないという話になるかもしれませんし、払うというような単純な行為であれば、そこは後見人がやる必要があるのかということもあるかと思えます。

さらに、モニタリングについても重要だとは思いますが、後見人自らが本当にやらなければならないのかというと、行政なり福祉の制度なりの仕組みを使ってしっかり見ていくようなこともあり得るのではないかと考えると、継続的契約だからといって、アフターフォローまで含めて全て後見人がやらなければならないということでもないと思われ、いろいろなやり方があるのではないかと考えています。

もう一つは、これまでに出ていなかった話ですが、現在、基本的には新制度についてどうするか、これから申立てをする人についてどうなるかというようなことについて、もっぱら話題にしていますが、現在、既に手続が始まっている方が裁判所で把握している限り25万人ほどいます。申立てのときの必要性・補充性と終了のときの必要性・補充性が基本的には一緒だと考えた場合でも、既に手続が始まっている人たちについては、必要性も補充性も考慮することなく、制度利用が始まっているという状態であり、この方たちの手続がどのような理由で終了するのかについては、経過措置などの話になるかもしれませんが、別途考えなければなりません。問題提起として申し上げます。

(座長) 最高裁のお話の前半にあった典型的な想定される二つの局面、つまり入所契約のモニタリング、預貯金の取引は、いずれも現在行われているモデル事業の中で、生活上の意思決定支援あるいは日常生活における日常的な金銭管理の問題として、取組の対象としているところですが。そういったものがきちんと進むように、裁判所の用いる後見の制度のところまでいかなくても、モデル事業の枠内で当面は進められていることですが、支援・監督機関を整備しようという構想も練られ、試みが始まっています。

今、ここでの議論を厚生労働省の各部局が聞いていますから、将来、社会福祉法等の関係法令を改正して制度整備をしていくに当たって、どのような点が課題で、こちらの議論とどのようにつなげていくことになるかについて頭を絞ってくれると期待します。最終的にはそちらをにらんだ上で、こちらの議論も続けていくことになりませんが、今までの委員のご意見で論点、課題を浮き彫りにしていただいたと感じます。

最高裁のお話の後半は、端的に言えば経過措置の問題ですが、恐らく今回の制度改革がこの方向で進められたときには、形の上では経過措置であるとしても、1999年の改正で禁治産などの制度を廃止したときの経過措置などとは比べ物にならないぐらい、経過措置に関する議論のウエートが重くなってくると予想します。

当面、民法の法文をどう変えるかということについてお悩みいただいていると思いますが、その方向が見定まった後でも、経過措置、周知期間、関係法律整備という膨大な作業が法務省に生じて、考えるだけでも頭が痛くなりますから考えたくないぐらいですが、考えないわけにはいきません。それはもちろんかなり大きな負荷がある作業であるということは覚悟して進むということにして、当面、民法の法文を中心に、どのように法制を変更していくかというご議論をお願いしていくことになります。引き続きご議論を承ります。いかがでしょうか。

(E) 今の施設入所についてですが、もちろん新しいモデル事業もありますし、私が今すぐ重要だと思っているのは日常生活自立支援事業の見直しです。というのは、全国的に見て、日常生活自立支援事業が入所や入院になると終わるといふ地域もあれば、そのよう

なケースも継続して関与しているという地域もあるからです。日常生活自立支援事業が利用者の変化に合わせてどのように関わっていくかという見直しが必要です。また、既に行われているさまざまな取り組みとして、第三者評価やオンブズマンなどの第三者の人が施設の中に定期的に行くというものがあるのですが、なかなかそれが有機的に機能していないので、そういうことも含めて議論していかないと、後見制度はなかなか終わらないことになるのではないかと今聞いていて感じました。

(座長) ここでご議論をお願いしていることと、厚生労働省が事務当局を務めている成年後見制度利用促進専門家会議で予定されている中間検証の見通しとが無関係でないことが、今の幾つかの指摘を積み重ねていくと、かなり浮き彫りになってきたと感じます。E委員に今ご披歴いただいた問題意識を、あちらの会議の方でもどうぞつないで出していただければありがたいと感じます。引き続き伺います。

(B) 必要性・補充性がなくなったときに終了するというスキームを考えると、一回性のある法律行為等の事務の場合には、その法律行為が終われば必要性がなくなることが明確なので、裁判所が判断することも明確にできるのではないかと考えています。ですので、やはり問題は継続的な契約、あるいは継続的な管理行為等になると思います。それについては、先ほどから議論が出ているように、形式的な契約や事務の継続があるイコール必要性も続くということではなく、そこで補充性の意味が出てくるのではないかと思うのですが、代替手段がその後に整ったか、福祉的な代替手段や親族による代替手段もあるでしょう。そうした支援によって、代理権付与を終了させても本人の保護に欠けることはないという判断ができれば、その段階で、必要性なしもしくは補充性なしとして終わらせることになると思います。

今回の議論では、「判断能力が十分でないのに、必要性がなくなって終了したら、その後どうなるの？」という疑問がよく出されますが、終了の判断をする時には、必要性を検討し、終わっても大丈夫だということを確認して終了させるわけですから、必要性・補充性の解消の判断の中で十分に考慮することになるのではないかと考えています。

したがって、継続的契約だから必ず終わらないとするのではなく、契約の性質によっていろいろ考えることになると思います。あるいは、その契約の性質の中でも、例えば福祉サービスなのだけれども、虐待の恐れがあって入ったのならば、施設がきちんとやるかについては、後見人が付いてしばらくチェックをしなければいけないという面で言うと必要性が残ることもあるでしょう。ですから、契約の性質だけではなくて、代理権付与をした本人の個別の事情によって、終了するか、終了しないかを判断することになるのではないかと考えています。

次に、代理権付与の開始の時に考慮した必要性と補充性だけを判断して終了の可否を判断すればいいかということになると、本人の生活上、途中で新しく発生する別の代理権の必要性をどのように考慮するかという問題があると思っています。これについては、裁判所が自ら新たな必要性に気が付くことはあまりないと思いますので、現に担っている後見人等から、新たな代理権付与の必要性について、あるか、ないかを出させた上で、その新たな必要性について、新たな代理権の付与などを含めて検討するという思考過程が要ると

思っているので、終了時において検討する必要性・補充性というのは、開始時の必要性・補充性に基づき判断するけれども、別の代理権付与の必要性・補充性についても検討することになるという整理もまた必要なのではないかと考えています。

(座長) B 委員がおっしゃったお話の中の新しい必要性事情のお話は、研究会資料で出している有効期限の設定や更新の話とも関係してきますから、委員の皆さんにおかれては、そちらの方についても意見をお持ちでしたら、どうぞどしどし出していただければと願います。引き続きいかがでしょうか。

(E) 今のお話の中で、必要性の捉え方が、最初に最高裁がおっしゃったように、何の必要性なのかというところが混在しているように思います。成年後見制度の必要性が終わっても、権利擁護支援の必要性は継続しているというあたりは整理しないと、もう何もなくていいということではもちろんないので、冒頭おっしゃっていたような必要性や開始の捉え方を丁寧に記すと分かりやすいかもしれません。

(座長) 恐らく皆さん、E 委員にご注意いただいたように必要性を理解していると思いますが、今、E 委員に改めて言語にさせていただいたと受け止めます。引き続きいかがでしょうか。休止の問題などについても、ご意見がおありの方は積極的にお話してください。

(最高裁) 今、座長が休止という点も指摘されたので申し上げます。3ページの(3)の①では、休止という定義について、「成年後見人等選任の審判は取り消すが、後見等開始の審判は取り消さずに維持されたままとする」という記載がありますが、新たな制度において、必要な範囲、期間で、後見人に必要な権限、代理権のみが付与されるという概念を考えたときには、そもそも後見開始という概念が必要なかどうかについても検討すべきではないでしょうか。もし後見人に付する権限が代理権のみであれば、開始という考え方は恐らく必要なくなるのではないかと思います。そうではなくて、取消権のように、代理権以外で、開始することによって当然に特定の法律行為以外で後見人に権限が付与されるとなると、開始という概念が要るのだと思います。今まで出ていなかった点として指摘させていただきます。

(座長) 今、最高裁に話題にさせていただいた、いわゆる休止と呼ばれてきたことについて、本人の立場の方を中心として、何かご検討いただきたいという要望、要請があったことは皆さんご存じのとおりであり、それを受け止めて今般の研究会資料にも記していますが、今、最高裁が話題にされたように、開始の審判を維持しつつ、選任の審判を取り消すという行き方も一つあるけれども、そうではない考え方としては、開始の審判そのものを取り消した上で、再び開始の審判を申し立てる際には、ゼロから開始の審判を申し立てるときとは異なる。簡単に言うと、申し立てをする人に対する負荷の程度が軽い手続も運用上、その他の観点から工夫していこうというような行き方などを例示してご議論をお願いしているところです。この点についても、引き続きそのあたりの意見を見渡して議論を進めましょうということにはなりますが、もう少し突っ込んでご意見をおっしゃってくださる向

きがあれば承ります。いかがでしょうか。

(A) 有効期間について、一応二つの考え方が示されているようで、原則的な期間を示すものと、個別事案ごとに期間を設定するという形で例示されているかと思います。ここでの原則的な有効期間というのは、例えば5年間、10年間という形で、それも例外は認める趣旨なのでしょうか。幾つかの海外法制では、最長期間を法定しておいて、個別の事案について、例えば5年が最長期間だとすると、事案の性質に応じて1年や3年の設定が可能だという立法形式もあると思うのです。それがここに読み込まれているのかどうかは分からなかったの確認です。この「原則的な」という趣旨が最長期間的なものなのか、それとも、より一般的にというか、5年間というようなモデルがあるという話で、場合によっては10年などに延ばすことも可能なのか、そのあたりを教えていただければと思います。

(法務省) 有効期間について、この研究会で出てきたいろいろなご意見を考えるとこのような感じで整理できるかなという感じで書いたところです。ご指摘があったようなところは、われわれも悩んでいたところです。一般的には、例えばデフォルトのルールでも、長ければ2年にしましょう、または短い事案であれば短くするという制度にしますというのは一つあるかもしれませんが、海外法制から見ると5年などにしておいて、その間は短くできる。さらにその5年も、もしかしたら事案によっては10年にできるなど、そういうことがあるかもしれないので、そのようないろいろなバリエーションはあるかと思います。事案ごとにどうしましょうとするのか、何か期間をつくっておいて、それを動かすような事由を要件立てするアプローチなど、いろいろあるのではないかというところを書いたつもりではありました。

(A) 分かりました。すみません、読み込み不足で。よく理解できました、ありがとうございます。

(座長) 研究会資料は、今までのご議論を振り返って、出された意見を言語化、可視化しているにとどまりますから、ここに挙げたサンプルの意見のほかは考えられませんというような、中身に踏み込んだ意図で作っている部分はありません。期間についても、上限方式、標準期間方式、いろいろなものがあります。ここは場面が全然異なりますが、根保証の元本確定の期間は、最大は5年だけれども、何も決めなかったら3年になるというような、標準と上限とを組み合わせているような局面もあって、ここについても、何年といつたときのその何年の意味は何ですかという観点は、さまざまな規律の与え方があるだろうと想像されますから、皆さん、幅広く議論をお願いできればと思います。

(G) 今の点について、最長期間はやはり定める必要があるのではないかとだけ、申し添えたいと思います。

(座長) 承りました。引き続きいかがでしょうか。必要性・補充性、休止、有効期間な

どについて、述べたい意見を漏らしておられる方、伺います。

(H) 休止のところでお書きいただいている未成年後見との対比や児童福祉との関係という意見は、もしかすると私が複数回申し上げたかもしれないのですが、私自身の問題意識としては、やや広範な代理権や、その他の手段としての後見の一種の類型が必要ではないかという発想が裏にあって、それらと対比していたようなところがありますので、先ほどご指摘があったとおり、必要な事項に限って選任していくという方向での今の議論との関係で言うと、そぐわないような発想になってくるのではないかという印象を持っています。開始という概念が必要な範囲は、狭まる、あるいはなくなるのではないかというご指摘のとおりではないかと思いました。

実務的な対応としては、以前にも同じことを話題にしたかもしれませんが、本人の情報がつながってまとめられているような、医療におけるカルテのようなファイルが、裁判所ではないのかもしれませんが、どこかにあるというようになると、本当は理想的だなという感じはしています。

(最高裁) 4 ページの②の、再度の利用に当たって、要件を緩和する等の特別な方式を用意するという点について、そもそも後見が一回終了して、代理権が付与された法律行為が行われた、有効期間が経過しているということが想定されるので、再度の申立てがあったからといって、何か判断が容易になるような状態では恐らくないと思います。本人の状態なども変化していることが考えられるので、開始要件の一部の緩和や審理の簡略化がどの程度可能かということは疑問が残ると思いますし、申立書や添付資料の利用も、どこまで有効かはやはり疑問が残ると思います。

(座長) この休止ということを考えてほしいというご要望は、真摯な現場からの要望として承ってきたとともに、休止のような工夫をしてほしいですという要望の背景にある観点は、今ある、つまり現行の後見が始まる時に要求される、重厚長大な資料、手続の準備を前提に、あれを二度させられるなりゆきは困りますというお話になってきているくらいが相当あると思います。

これから制度が新しく変わっていったときの開始要件の判断の仕方は異なってきますから、そこも注意を払いながら、しかしもう一度、再び用いたい人の負担を適切に考えてあげてをしなければならぬと思われまます。最高裁は、それに関連する観点を今、述べてくださいました。引き続き伺います。

(E) 例えば手続の簡易化ではないのですが、負担を減らすという方策について、今、申立てのときに一番大変なのは戸籍の調査なのですね。申立権者で誰が要るのかなどですね。それは一度やっているのであれば、どこかできちんと保管されていれば、改めてやらなくてもいいという判断はあるのではないかと思います。また、やはり本人情報シートの活用だと思っています。本人の状況の変化、環境の変化、課題の変化、本人の能力の状況の変化など、本人情報シートをもう少し改正して、複数回利用したいようなときにもかなうようなシートを作ることが考えられないだろうかと思えます。

(最高裁) 6 ページの更新についての意見です。最終段落で、更新の必要性を裁判所が判断するという仕組みについて言及がありますが、更新の必要性は、開始時の必要性と同じものなのではないかと理解していて、開始時の必要性がまだこの更新段階でも残っていると判断することによって更新されることになるのではないかと考えています。

当然、期間中に別の必要性が生じたということはあるのだと思いますが、その際に、別の代理権の申立てがあるのか、代理権の変更や追加の申立てなどになるのかということは置いておいて、別途、代理権が付くということであれば、新たに付いた代理権をそのまま残しておく必要性については、当然更新時に検討することになるのでしょうけれども、一番初めに付けた代理権については、必要がなくなっていれば、その代理権はなくなるような形になるのではないかと考えています。

本人が制度利用の継続を希望するならあえて終了する必要もないためにそのまま更新してもいいのではないかとというような話もあるのですが、実際に代理権の利用の必要性がなくなっているのに本人が利用を希望するというだけで更新していいのかということについては疑問があります。制度の利用の必要性がないのであれば、後見の外の世界で何かしら別途、契約するなり何なりすればいいのではないかと考えています。本人の利用の希望のみで更新の必要性が肯定されることにはならないのではないかと考えています。

(A) 今までの話を伺っているの雑な感想ですが、再度の申立て、あるいは更新時における必要性の判断というのは、それまでの運用実績によって、ある程度評価できると思うのですね。代理権にしても同意権・取消権にしても、5年なりの期間、どれだけ使われていたのかというのは実際の報告にも上がっていることなので、新たなニーズについての評価は別として、初回申立て時における必要性審理に比べると、簡略化とまでは申し上げませんが、判断要素が少し楽に、裁判所として判断しやすくなるのではないかと印象があります。

(座長) A 委員がおっしゃることはごもっともであると思うとともに、E 委員がおっしゃった戸籍は何かしてあげたいですね。それが捨てられてしまうと、また一から集めなければいけなくて、どこかでそれを取っておいてあげるよという仕組み、日常身近で利用できるような工夫を、それが民事の法律制度の系統で行われることであるか、地域社会福祉の発展の中で受け止めることになるかは分かりませんが、いずれにしても考えていかなければなりませんね。他にいかがでしょうか。よろしいですか。それでは、今度は L 委員からお願いします。この終了の関係で何かお話がありますか。

(L) 「成年後見制度の利用の必要があって利用しました」「終了が認められるので終わりました」だけでは困る場面も出てくるかなというのは十分想定できます。先ほども申し上げたことの繰り返しになるのですが、必要なときにスポット利用をしました、それきり権利擁護支援の部分で何もフォローが入らない状況というのは、例えば身寄りのない人にとっては大問題になってくることも考えられますので、やはり制度の改正、柔軟な運用と併せて、車の両輪のように、新しい取り組みがきちんとした仕組みとして機能していくこ

とを担保してもらって、われわれにとって本当に安心できる制度、安心できる仕組みのようなものが欲しいなと思っています。

制度というのは、第二期基本計画にもあったように、それぞれ共生社会の実現に資するのにとっても大事な制度だと思っていますし、権利擁護支援も大きくうたわれています。そういうところからいくと、制度だけではなく、その周りを固めるきちんとした受け皿が整理されてほしいなと思います。中核機関もしっかり、モデル事業もしっかりだと思っているので、ここで議論するテーマではないのかもしれませんが、そこはやはりきちんとした仕組み作りに、もう少し形が見えるところまで持って行っていただきたいなということは強く願っています。

(座長) L 委員のご心配のことに関しては、本日のご議論を顧みると、E 委員から後見の終了が権利擁護支援の必要性がなくなったことを意味するものではありませんというご注意があって、それは皆さんそう思っていることでしょうし、それから、B 委員からは、必要性・補充性がなくなって終わるということは、つまり本人が放り出されるという意味ではなくて、本人が大丈夫であることを確認して終了する運用がここで言っている終了原因の考え方ですというご意見もありました。L 委員のお考えに沿うものであります。

それと同時に、「ここで議論するテーマではないかもしれませんが」というお話でしたが、ここです話です。この終了のところ、その点で見回して、危惧の残らないものになった上での民法改正の法律を国会に提出するのでなければ、国会に対して説明が付きません。ですから、その時点までにきちんと整えられていくように議論の準備を進めていかなければいけないとも感じています。大事なことを述べていただきました。ありがとうございます。

(K) 終了に関してもそうですし、有効期間のことに関しても、頭の中でいろいろ考えてはいたのですが、終了というのは確かに必要がなくなったから終了するということだと思うのですが、一方で、だからといって、果たしてそのままずっと終了しているかと言われると、そうではないこともあると思うのですね。一方で、必要なときにやはり使いたいから、一時的には休止にはなると思うのですが、使いたいときにスムーズに使えるようになると、私たちも安心できるというか、使いたいときに使えなくなりましたとなると、この後どうしたらいいのかとすごく不安になったりはするので、使いたいときにスムーズに移行できるようにしていただけると、すごくありがたいなと思って、今までの議論を聞かせていただいていたいました。

期間についても、あまり詳しくはないので、ここで「これがいいですよ」などとは言えないのですが、ある程度の期間を決めておいて、その間にどれくらい制度を使ったかなどという見直しは必要だと思います。それをした上で、休止するのか、はたまた終了するのか、それともこのまま継続するのかという判断をスムーズにいただけると、すごく助かるなと思います。

(座長) K 委員のご要望もよく理解しました。ご要望を踏まえて、これからの議論も続けてまいります。

(j) 私も今までのこの会議の中で、休止というようなこともお願いした記憶があります。知的障害、発達障害の人の場合は、成年後見もそうですが、本人の権利擁護を支援するという期間がすごく長いのですね。いわば判断能力が少し弱まっている状態でずっといくわけです。そして、さらに年を重ねると認知症も入ってきて重くなっていくという形です。その長い期間の間に、「働いていましたが、続けられなくなって福祉サービスを利用するようになりました」「福祉サービスを利用していたけれども、重度化していったので入所を利用することになりました」などの変化もありますし、「お父さんが亡くなりました、次はお母さんが亡くなりました」というときの遺産相続の部分でも、何回か出てくることも可能性としてあります。

その意味では、もう一度専門家にお力添えいただきたいというときに、先ほど K 委員もおっしゃったのですが、最初のときのようにすごく時間がかかるようなことは困るなということがあるのですね。もう少し短い期間で、「前に使っていたから」「ああ、分かった。そこから続きこれだけね」というような感じでご理解いただいて、早く処理をしていただけたらありがたいなということが一つあります。

入所に入った、一つの契約を結んでそこで暮らし始めた、親が亡くなったので遺産相続を解決したなどとなると、その後は専門職の方にあまり関わっていただかなくても暮らしていける時期がずっと続くわけですよ。その間は、いわば後見人になっていただいた方は控えていただいてというようなイメージだったのです。それで、次にまた新たなところへ行くのに契約を結びますというときには、専門職の方に出てきていただくというものならスムーズにできる、もう一度最初に申立てをするぐらいの時間がかかるのは困るなというような思いでお話をさせていただきました。

その意味では、地域の権利擁護支援を頂きながらであれば、何事もなければ、後見制度を使うのは2年ぐらいもあればいけるのではないかなという感じを持っています。その後、どうしてもややこしいことがあるので言えば延長できるようなことをしていただけたらありがたいなと思っています。

もう一つは、私たち全国手をつなぐ育成会の中で、本人が小さいときからのことをずっと書いていく情報シートを持っています。一つではなくて各地域によってさまざま、県ごとにばらばらということはあるのですけれども、それを一度、幾つか見本としてこの委員会に送って皆さんに見ていただいて、それにもう少しこういうことをプラスしてほしいというご意見があれば、何年かたつと見直しをして作り直しているのです、作り直すことも可能です。いわば母子手帳の続きを書きましょうという感じで、飲んでいるお薬から、関係者から、どここの学校を出て、どここのサービスを使ってというのも全部書くようになっているので、幾つかのところのものを送らせていただいて、それを皆さんに一度見ていただいて、ご意見を頂けたらありがたいと思います。よろしくお祈りします。

(座長) J 委員が、今日もそうですが、ずっと強調してこられた再度の制度利用をするときの本人、支援者の負担を軽くしてほしいというご要望は、委員みんなが受け止めています。それをどのような法律制度で表現することがよいかということについて、引き続き悩んでまいります。本日はそこに進むことができませんが、研究会資料 17 の第 3 「成年後見

人等の交代」の議論をするときに、交代の話と終了の話について、どのような役割分担をしていくかという際にも、J委員のご指摘を思い出しながら考え込んでまいります。なお、資料のご提供についてお話しいただいた点は、J委員の属しておられる団体において、支障のない仕方でご準備ができた段階で、ぜひご提供いただければありがたいと考えます。引き続きよろしく申し上げます。

研究会資料17の第1の部分について、他に特段のご発言がおありでしょうか。

(B) 有効期間と更新の話ですが、やはり取消権・同意権と代理権は別に扱う必要があると思っています。それは権利制限の度合いが違うという理解の共通認識が立てばの話ですが、取消権についてはより権利制限が強い性格から、更新しないという制度が望ましいと思っています。

(A) 今の話は、利用者側から非常に強いニーズがあるところなので真剣に考え込まなければいけない部分なのですが、まず基本的に、再度の申立て、ないし更新等の場合に、事務手続を可能な限り簡略化することは当然あり得るし、やるべきことだろうと思います。例えば必要性要件の認定に当たって、言葉は悪いですが、前回の資料の使い回しというのも、例えば医学的評価でアルツハイマー型認知症のような場合には、判断能力がむしろ低下している蓋然性が高いことが推測されるので、一定の範囲で成し得る話かとは思いますが。

ただ、その一方で、開始要件そのものを、2回目の利用の際に、一部省略する、簡略化するということが果たして可能なかということになると、そもそも今、開始要件自体が確定していないので仮定の話になりますが、法律要件それ自体を省略することは立て付けとしてなかなか難しいのかなというところがあります。ただ、そう断言してしまうと話が先へ進まないの、個人的にももう少し考えてみたいと思いました。

(座長) よく分かりました。他にいかがでしょうか。よろしいですか。それでは、研究会資料17は第1までの審議をお願いしたという扱いにします。第2は法定後見制度の枠組み、いわゆる類型論の話であり、それが途中で終わってしまうことは困ることになりますし、もうお約束した時間を過ぎていますから、やむを得ません。

本日の審議をここまでとして、ご案内をいたします。次回会議は12月14日(木)午後2時開始です。皆さんにご注意を差し上げます。午後2時に開始されますから、普段と開始時刻が異なることに十分にご注意を頂きながら、またご参集いただき、熱心なご議論をお願いしたいと考えます。

これをもちまして、第17回成年後見制度の在り方に関する研究会をおひらきといたします。どうもありがとうございました。