

研究会資料20「報告書の取りまとめに向けた整理(2)」について

240123 弁護士 青木佳史

※ 研究会資料19の時に申し上げませんでした。研究会資料19、20の中では、「意見があった」という表現と、「問題提起があった」や「指摘があった」という表現が出てきます。これについては、それぞれ別の意味合いを持たせているのでしょうか。そうであればそれについての注釈が必要だと思います。そうでなければ、深読み誤解のおそれもあるので、「意見があった」で統一すべきように思います。

第9 法定成年後見制度の枠組み

1 p34、29行目からの一文

なお書きとして、三類型の枠組みを維持した場合であっても柔軟に利用することができるための手当のことが記載されていますが、こうした提案をする意見はありましたでしょうか。その意見では、後見相当でも補助類型を使えるようにするとありますが、それでは何のために3類型を維持するのかわかりません。かえって議論が混乱するように思います。

2 p36、5行目から8行目までの段落について

この記載は、記載内容としては重要な指摘だと思いますが、必要性や補充性の要件の判断との関係で求められる審理体制の議論であり、類型論とは直接に関係がないことと思います。そのため、必要性・補充性の項目に移動してはどうでしょうか。ただ、すでに必要性・補充性の項目にも類似の記載(p22、11行目からの段落)があるので調整が必要です。

3 p36、24行目からの段落

本人の同意の有無で別の類型とする提案については、研究会で必ずしも十分な意見交換をする機会がないままに来たように思います。この段落で記載されていることが、果たして実務的にそうかという疑問があります。

そこで、これらの意見に対する反論を述べたいと思いますので、30行目の次に、以下の文章を追記していただければと思います。

これに対しては、現行の実務において、補助や保佐における代理権付与について（補助については同意権も含めて）、本人の同意を確認する手続きは本人面談を参与員や調査官調査等によって行っており、手続き上の方策はすでに定着しているところであり、また、

それにより本人の同意の有無をおおむね適切に認定しているところであるが、中には同意の有無の判断に迷う事案もある。従来の後見類型を含めた全件で本人の同意を認定することになった場合に、同意の有無により別の類型として手続を進めることについて実務上の妥当性を含め、引き続き検討をすべきである、との意見があった。

4 p36、31行目からの段落

この段落の意見は、こうした本人の同意がとれない様々な状況の場合において、本人保護の必要性から、代理権や同意権・取消権の付与が必要な場合があるという意見であり、そこから直ちに現在の後見類型のような包括的代理権や取消権が必要であるという意見ではなかったように理解しています。

そこで、ここの記載は、次のとおりに修文をしてはどうでしょうか。

また、本人の同意等が「ある」とはいえない場合として、意思を表明することができない場合、支援を拒否している場合、本人の意思がはっきりわからない場合、同意する能力が失われている場合等があり得るところ、このような本人について、現実的には、代理権や同意権・取消権の付与による現在の後見類型に相当するような保護が必要な場合もあるのではないかと指摘があった。

第10 成年後見人等の交代等(辞任・解任を含む。)

5 p39、23行目

ここでは、研究会で紹介した辞任・交代では対応困難な事例を記載していただいておりますが、「本人の関係者から辞任を求められても」との記載は、ケース会議等への参加を拒否する後見人等について本人自身から辞任を求められる事案も少なくないことから、次のように修文をしてはどうでしょうか。

について、本人や本人の関係者から辞任を求められても成年後見人等は財産管理を適切に行っているとして辞任に応じない場合がある旨の紹介がされた。

6 p40、6行目からの段落

ここでは、退任の判断をする要件として、「本人の利益に資するとき」とい

うことでは抽象性が高く裁判所の判断が容易ではないとの指摘が紹介されています。これについては、後見人の地位は裁判所の選任により付与されるものであり(現行制度でも後見人の選任には不服申立制度は予定されていない)、退任は欠格事由にならないことを含め後見人に対する不利益処分とはいえないことからすれば、抽象性が高い要件で広範な裁量を裁判所に委ねることは可能であると思います。ただし、「本人の利益に資する」ということでは、あまりに外延が広すぎるため、退任の要件としては、「現後見人の職務が本人の意向や本人の権利・利益、本人の現在及び将来の課題解決に照らし不相当である」とすることで、審判実務の積み重ねの中で、十分に運用可能なものになると考えます。

そこで、12行目の次に、以下の文章を追記していただければと思います。

これに対しては、後見人の地位は裁判所の選任に由来するものであり、退任は不利益処分ではないことにも鑑み、退任の要件としては、「現後見人の職務が本人の意向や本人の権利・利益、本人の現在及び将来の課題解決に照らし不相当である」とすることで、審判実務の積み重ねの中で、十分に運用可能なものになる、との意見があった。

7 p40、14行目からの(2)全体について

ここでは、両者の関係調整をしたりすることは、裁判所の中立性・公平性に疑義を与えかねず難しいのではないかとの意見があります。しかし、後見事案においては、裁判所の立場は、本人の権利・利益の擁護のため、後見的立場で監督するものであり、けして後見人の主張と本人や支援者の主張を調整するものではありません。ここでも、退任を求める申立てがあった場合に、本人の意向を含めた本人の権利・利益の観点から退任の要否について相当性を審査するものであり、観点が異なっていると思います。

また、退任について適切に判断するには、一定の法定機関から意見の資料を求めることができる仕組みが必要であるとの意見がありますが、そのようなことができることが望ましいことに異論はありませんが、退任の申立てを本人や利害関係人が行うについて、申立て側から退任を相当とする事情、現後見人から継続を相当とする事情をそれぞれ提出させ、その範囲内で判断すること(退任の相当性、言い換えれば、現後見人の職務の不相当性が認められなければ、現状維持とする)は、実務上十分に可能であると思います。なお、退任の制度を設けた場合、申立権者の範囲(利害関係人とするかどうか)の検討も必要になります。

そこで、21行目の次に、以下の文章を追記していただければと思います。

たりすることは 中立性・公平性に疑義を与えかねず難しいのではないかとの意見があった。これに対しては、後見事案においては裁判所は本人の権利・利益の擁護のための後見的立場で関わるものであり、けして後見人の主張と本人や支援者の主張を調整するものではないところ、退任を求める申立てがあった場合に、本人の意向を含めた本人の権利・利益の観点から退任の要否についてその相当性を審査することはその立場に適うものではないかとの意見が出された。そして、この点に関しては、裁判所は選任時における考慮と同様に、成年後見人等の退任が問題となる場面

また、32行目の後に、以下の文章を追記していただければと思います。

また、そうした一定の機関からの資料提供がない場合であっても、退任の申立てをした側から退任を相当とする事情と資料、現後見人から継続を相当とする事情と資料をそれぞれ提出させ、その範囲内で判断すること（退任の相当性・現後見人の職務の不相当性が認められなければ、現状維持とする）は、実務上十分に可能ではないかとの意見もあった。その場合には、申立権者の範囲（利害関係人とするかどうか）の検討を要するとの意見があった。

第11 成年後見人等の職務及び義務、監督並びに報酬

8 p42 16行目からの「2 検討の必要性」と「3 検討」

ここでは、2においても、3においても、意見がとりまとめられているので、記載方法には工夫が必要ではあると思います。

その上で、現行の後見人の義務に加えて、本人の自己決定尊重義務をさらに強めるものとして、自己決定優先義務と意思決定支援義務を設けることを提案しています。このことについて、明らかにして紹介いただきたいと思います。

そこで、この記載は、次のとおりに追記していただければと思います。

(p 42, 17行目から29行目までの記載につき)

本研究会では、成年後見人等にその権限に応じて身上配慮義務

等及び財産管理義務を課す現行の制度自体には異論は見当たらなかった。その上で、自律の保障の観点から、自己決定尊重義務をさらに深め、自己決定優越義務（本人に見過ごせない重大な不利益が生じない限り本人の決定にそって職務を行う義務）及び意思決定支援義務（必要な決定にあたり可能な限り意思決定支援を行う義務）を別に課すべきであるとの意見があった。

また、義務の範囲二の点に関し、本人が、適切な時機に、必要な範囲・期間で制度を利用することを可能とし、一定の法律行為を目的として成年後見人等が選任される場合においては、成年後見人等の上記義務はその職務に対応するものになるのが相当であり、過大な義務を課すことは好ましくないのではないかとの指摘があった。もっとも、成年後見人等の職務そのものではないが、成年後見人等が職務の過程で得た情報について、法的構成は検討する必要があるものの（善管注意義務に解消されるとの指摘もあった。）、本人の利益のために利用すること（代理権の範囲を広げるための審判の申立てや本人の意思決定支援など。）を成年後見人等に求めてもよいのではないかとの意見もあった。また、身上配慮義務等及び財産管理義務の具体的内容については、見直し後の制度を踏まえて検討する必要もあるとの指摘もあった。

第13 適切な任意後見監督人の選任の申立てを確保するための方策

9 p51、34行目

ここからの一連の記載で、「任意後見人に対する監督の在り方等が検討事項であることに留意しつつも、」という留保がおかれています。これは任意後見監督人が必置ではなく裁判所による監督と任意後見人による監督を選択制にした場合には、任意後見契約の効力発生要件は、直裁に効力発生の審判となり、それについての申立てをすることになるという趣旨だと思えますが、そのことがこの一文ではわかりにくいと思えます。

そこで、少し詳しくその趣旨を織り込むと共に、補足説明の最初のところで、そのことを説明しておいていただくのがいいのではないのでしょうか。

そこで、ここの記載は、次のとおりに修文をしてはどうでしょうか。

(p51、34行目から)

適切な任意後見監督人の選任の申立てを確保することに関して、任意後見人に対する監督の在り方 において、裁判所が任意後見人を直接監督

するという監督の在り方を認め、任意後見監督人の選任が必須ではないとした場合には、任意後見契約の効力発生のための別の申立て手続等が検討事項であることに留意しつつも、任意後見受任者に申立てを義務付ける規律の要否や申立権者の範囲等を中心に、引き続き検討することとすべきである。

(p 52、26行目からの段落)

したがって、今後も基本的には、任意後見人に対する監督が必要であると考えられ、後述するように、任意後見人に対する監督の在り方やその方法も検討事項ではあり、任意後見監督人の選任を必須のものではないとした場合には、別に任意後見契約の効力発生の申立て手続を検討し、それについての申立ての確保を検討することになるものの、いずれにせよ、本人保護のために任意後見人に対する監督が適切に開始される（現行の制度であれば、任意後見監督人選任の申立てが、本人の判断能力が不十分な状況になった場合に適切にされる）ための方策を検討する必要がある。

第14 任意後見人に対する監督に関するその他の検討事項

10 p59、25行目からの段落

ここでは、任意後見人を裁判所が直接監督することにつき、私的自治の尊重する観点において整合するののかという意見や、裁判所が選任していない任意後見人を実効的に監督することができるのかという問題点を指摘する意見が紹介されています。しかし、任意後見監督人に監督をさせることは、私的自治の要請から導かれるものではなく、むしろ任意代理の特則として適正な代理権行使の観点から私的自治を補完するものとして公的監督が設けられたものであり(『平成11年民法一部改正法等の解説』(法曹会)p381)、家庭裁判所による直接監督を行うか否かは、公的監督による介入をより強めることが、任意後見における適正な代理権行使の確保という任意後見制度の制度趣旨と合致するかという問題と考えられます。誰を任意後見人とするかという私的自治を尊重することと、公的監督をどのように確保するかということは区別して考えられなければなりません。

また、法定後見の選任においても裁判所が必ずしも熟知した者を選任できているわけではなく、本人や申立人が推薦した候補者を選任することも多く、その場合でも、自発的な定期報告を求め、それに基づき監督を行うという実務を行っています。この監督実務は、法定後見人であれ任意後見人で

あれ異なるところはないと思います。その旨の意見をすでに申し上げているところでは。

そこで、ここは、次のような文章を追記していただければと思います。

(p59, 34行目の後に追加)

これについては、任意後見監督人に監督をさせることと私的自治の要請とは直接結びつくものではなく、むしろ適正な代理権行使の確保の観点から、私的自治を補完するものとして公的監督を設けたものであり、裁判所による直接監督を行うか否かは、任意後見における適正な代理権行使の確保の観点から検討されるべき問題であるが、法定後見人等の選任においても裁判所が熟知した者を選任できているわけではないところ、これに自発的な定期報告を求め、それに基づき必要な監督を実施している現行の監督実務を踏まえれば、法定後見人であれ任意後見人であれ監督の在り方に異なるところはないから、裁判所による直接の監督を選択することは十分に可能である、との意見があった。

11 p60, 17行目

「任意後見においても、判断能力の評価に加えて、任意後見の必要性も考慮することを検討すべき」とありますが、任意後見契約で付与される代理権は個別的なものであり、それに対する判断能力の評価となることや段階的発効のことも考慮すると、任意後見においても、付与される代理権の内容に応じた判断能力の評価をすることになると思われる。

そこで、次のように、修正してはどうでしょうか。

この点については、法定後見制度における開始要件の議論の影響を受け得るものであるが、本研究会では、法定後見の開始の際に必要な性を考慮する制度となった場合には、任意後見においても、付与される代理権の内容に応じた判断能力の評価に加えて、任意後見の必要性も考慮することを検討すべきであるとの意見も出された。

12 p62, 11行目及びp64, 1行目からの段落

現在においても、親族間紛争の事例で、法定後見開始の審判の申立てと任意後見監督人選任の申立てが競合するケースもあることから、そのような親族間紛争の場合も念頭において、任意後見契約を優先させるだけでいいのか、任意後見人と成年後見人等が別々に存在した場合の懸念点も

考慮する必要があります。ここはこれまでの意見では述べていなかったものですが重要な観点であると思われます。

そこで、次のような意見を、それぞれの箇所に追記していただきたいと思えます。

(p 6 2 , 1 9 行目の後に追加)

また、親族間紛争の一方当事者が任意後見人となっている場合に、本人の権利擁護の観点からは、任意後見契約を単純に優先させることが相当ではない事案もあるとの意見もあった。

(p 6 4 , 1 2 行目の後に追加)

また、親族間紛争の一方当事者が任意後見人となっている場合には、任意後見人と成年後見人等が事実上の調整を行うことや、任意後見の権限を優先させることが本人保護との関係で望ましくない場合もあり、そのような場面では、任意後見監督人や家庭裁判所による調整も功を奏さないため、予め権限の付与には慎重な判断が求められるとの意見もあった。

第16 任意後見制度に関するその他の検討事項

13 任意後見契約を代理で締結することについての論点の追加

その他の検討事項としては、研究会でも検討された親権者が未成年の子のために代理人として任意後見契約を締結することの可否が議論されました。任意後見制度の趣旨から、代理締結が認められるとする考え方を維持するのいかいなか、認められるとしても、どのような規律のもとに認めるのかは、今回の改正において検討されるべき事項であると思えます。

そこで、P70、13行目から、「5 任意後見契約を代理締結することの可否及びその規律について」として、次のような記載を追加してはどうでしょうか。

5 任意後見契約を代理締結することの可否及びその規律

任意後見契約を親権者等の法定代理人や委任による代理人において締結することが、任意後見制度の本人意思の尊重という観点から、そもそも許容されるのかという可否に関する意見や、仮に代理締結が認められるとしても、どのような要件で許容され、どのような場合には認められないものとするのかについても、引き続き検討

することが考えられる。

第17 成年後見制度の見直しに伴うその他の検討事項

14 p73、9行目からの段落

ここで転用されているケースとして紹介する場合には、予防接種の同意、医療保護入院の同意者、個人情報保護の本人に代わる同意を主なものとしてあげるべきだと思います。

一方、医療の場面における同意というのは、医療行為の同意とした方がいいと思いますが、これは現在でも転用されているわけではなく、実務上医療行為の同意を求められるができないものとされているものになります。また、行政手続については、民法上付与された代理権に付随するものとして権限を有すると整理されるものでもあり、転用されているとは言えないものではないかと思います。

そこで、この記載は、次のとおりに修文をしてはどうでしょうか。

さらに、本研究会では、成年後見人等の民法上の本来の役割ではないが、成年後見人であることが転用されているケースとして、~~予防接種の同意、医療保護入院の同意権、医療の場面における同意や個人情報保護の場面における同意などがあり、行政手続などがあり~~これらも何らかの検討をすべき事項であるとの指摘があった。

以上