

「第 2 現行の成年後見制度の利用場面の整理」について

1 はじめに～利用場面の整理とは何か

ここでの整理は、新たな成年後見制度に期待すべき役割や制度開始の必要性の検討の前提として行おうとしているもののようである。

その場合、整理の観点を修正すべきであると思われる。つまり現行の制度利用において意識される「利用の動機」と、現に後見人等が行っている主な事務とには乖離があるのであり、「利用場面の整理」としては、前者ではなく、後者の現行制度において、後見人等の実務がどのようなものか（それは社会の後見制度担わせている役割でもある）の観点から整理すべきである。現行制度では、後見類型において包括的代理権のもとで様々な事務を担うことになっている実情から、法律行為に限らず、行政手続全般や重要な事実行為まで後見事務として担っているところであり、その前提から出発する必要がある。

また、資料 8 が、第 2 の整理を、次の第 3 において、法律行為を行う意思能力がない場合に法律行為を無効にしないための代理行為の必要性という発想でまとめようとしていることにも大きな問題がある。

必要性の検討というのは、意思決定支援による意思決定が困難な場合の代理・代行による保護の必要性という観点であり、その場合の必要性・補充性を、実際の利用場面において検討していくという整理に繋げるべきものである。

なお、第 5 で述べるように、新しい制度においては、意思能力の判定と、制度利用のための代理・代行の必要性の判定とは結びつかないものであり、まずは、意思能力がない場合の代理・代行の必要性という発想から脱却する必要がある。

2 現行制度における利用場面の整理の観点

この観点からすれば、まず現行の利用場面の整理については、対象を法律行為に限定することなく、現に後見人等の行ってきた事務に着目して事務内容を整理し、その事務の必要性・補充性について、意思決定支援を含めた他の制度の活用ではまかなえない代理・代行の必要性の検討として、第 3 で整理すべきある。

これまで 20 数年間の実務において、後見人等がいわゆる「転用場面」を含めて実際に担わされてきた、担うことを期待されてきた役割として、実際に行っている事務を把握し、そこから新しい制度設計において、それらの事務を、後見制度によって

対応すべきかどうかの役割と必要性として検討すべきである。

具体的な後見人等の事務の観点からの整理としては、以前に三士会や関係機関において、後見人の事務の標準化を検討するために整理をしたことがあり、その際の整理を基に今回一覧表に整理してみたので、別紙一覧表として添付するので、参考にさせていただきたい。

これによれば、後見人等の実際の事務は、必ずしも法律行為とはいえない虐待対応や親族間紛争の対応、本人の生活全般の相談対応、介護保険・障害福祉や医療にかかる事務手続、行政手続上の事務手続を含むものになっている。

こうしたものをもとに、新たな後見制度に担わせる必要性や他の資源による役割分担を検討すべきである。

「第3 成年後見制度の利用場面について―必要性の観点からの整理」について

1 総論

この総論は重大な議論の掛け違いをしていることを、まずははっきりさせる必要がある。

第2で前述したように、この総論において、「本人が行うと法律行為が無効になるものについては、成年後見人等が代理して法律行為を行う必要があるものと考えられる」として、法律行為の無効を必要性の観点としている点が、新しい制度の必要性の観点の検討として不適當である（そもそも、現行制度でも成年後見人等（保佐人、補助人を含む）が代理行為を行う権限のある法律行為を本人が行うと意思能力なしとして無効になるものではない。むしろ多くは無効にまではならない。そのことは第5で述べている）。

ここで行うべき「必要性の観点」の検討とは、意思能力無効による代理の必要性ではなく、意思決定支援による本人の意思表示によることができず、代理・代行権限による保護が必要な利用場面がどのような場合かという観点からの検討である。

2 分析的検討

これについては、1の総論で述べた観点の必要性について、別紙一覧表のような後見人等の事務について、どのような場合に必要性がありとすべきか、あるいは、後見人の役割として権限付与することが相当か、という観点から、個別に、事案ごとに、検討していくことになり、それについては、法律行為や事務を個別に上げて検討するというよりは、典型的な現在の後見事務のケース毎に、開始から終了までの時系列に即したイメージの共有こそが重要であり、これまでこの研究会でヒアリングを行った三豊市の報告や日弁連連続学習会第1回（2022年7月25日実施）の豊田

市の報告（別途参考資料として提出します）等が参考になる。

これらの発想を前提とした上で、資料8の記載内容については、次のような点を指摘することができる。

ア 「財産管理面が強いものと身上保護の側面が強いもの」という整理にはほとんど意味がない。財産管理面と身上保護面で、必要性を検討するについて、観点を異にする特徴はないからである。その上、実務経験上、財産管理面と身上保護面は切り離すことができない事務が大半であることも、を区別して整理する実益はない。

イ 「幅のある代理権」という考え方も必要がない。

つまり、個々の事案ごとに、その人にとって代理・代行権限による保護が必要とされる法律行為や事務が何かの問題につきるのであり、人によっては、多数の事項について必要な場合と、単一の法律行為や事務について代理・代行権限でよい場合か、ということがグラデーションをもって認められるのであり、それは「相対的な」違いにすぎない。そこに「幅のある代理権」というような「類型的」な考え方を導入する必要はない。そのような概念は、結局のところ、意思能力存在推定の原則に立たず、具体的必要性に基づかない抽象的・類型的な代理・代行権限による保護を設定するもので、包括的代理権と同じ発想に陥る危険性が高い。

なお、例示のアパートの管理については、家賃回収とか物件の修繕とか個々の代理権ではなく、収益不動産の管理という代理・代行権限を付与すればよいのであり、それを「幅のある代理権」と概念する必要はない。

ウ 「継続的な代理権」という考え方も必要がない。

同様のことから、継続的に同じ法律行為や事務につき代理・代行権限を付与する必要があるか、一回性のある法律行為や事務についてのみ権限を付与するかも、個々の事案ごとの必要性に応じて付与されるものである。利用される法律行為や事務の性質や、他の支援制度の状況、本人の支援付き意思決定の変化等によって、継続的に必要性があるかどうかによって決まるだけであり、法律行為の継続的かどうかで区別する実益はない。

なお、これが問題になることがあるとすれば、後述する福祉サービスや医療契約についてのみであり、例示のような遺産分割後の不動産の管理や不動産売却後の施設入所契約などは、新たに別の必要性が同時もしくは経時的に発生しただけであり、継続的な代理権などとする意味が全くない事例である。

なお、「永続的な関与まで必要となる場合」という考え方は、新しい制度に持ち込むことは絶対に認めるべきではない。これは、本人の意思能力存在推定の原

則を否定するものであり、意思決定能力はだれもいつでも変わりうるものという前提を欠く考え方として相当ではない。いわゆる植物状態の人であったとしても、その能力が、様々な支援によって回復する可能性は皆無ではないのであり、それが認められない間は、代理・代行権限の必要性があると考えれば済むことである。

エ 保佐・補助の代理権付与の実務経験の延長線上で発想することが可能

そして、この「幅のある」「継続的な」という概念が必要がないということは、現行の保佐や補助の代理権の付与において、事案ごとに、必要となりそうな代理権を、本人の生活状況全般を見渡して検討し、必要性を考慮して付与している実務経験からもいえることであり、新しい制度になった場合にも、この実務の延長線上で全ての事案について検討することにすれば足りることである。

オ 介護・福祉サービス利用契約（施設入所契約含む）や医療入院契約における継続性の問題

もっとも、「継続的な代理権」という概念が必要ないことは前述のとおりであるが、介護福祉サービスや医療サービスのための契約や事務の必要性については、サービス利用開始時、入所時、入院時だけでなく、その後適切なサービスの提供がなされているか、医療が適切になされているかを監視、チェックすることや、利用終了・退所・退院時の事務などは、現行の後見人等の事務として含まれ、また期待されてきたところである。

これについては、介護・福祉分野や医療分野における本人の意思決定支援を浸透させることによって、こうした役割を担っていただくことが適切であり、後見人等に担わせる役割とすることが相当かという観点が必要である一方、事案によっては、後見人等の事務として役割を担わせるのが相当な場面もあるように思われる。

この点については、現在は市民後見人の活動で特に顕著に実践され、当事者団体からも後見人等に期待される役割とされる「寄り添った支援」との関係で、十分な検討がなされる必要があると思われる。

カ 訴訟行為について

訴訟行為能力が欠ける場合に、本人及び相手方の保護のために、代理権限を付与する必要性があることに異論はないと思われる。これについては、当該訴訟行為についての代理権を付与すれば十分であり、現行の訴訟法上の特別代理人制度について、必要な本人が適切に利用できるような改正が必要かという観点で検討するのが相当である。

ただ、確かに、訴訟の結果による派生する本人の生活上の課題に対応する必要

が出てくることはある（例えば、家屋明渡し訴訟が認容され明け渡しを迫られ、次の住居の確保のために入居契約や金銭管理のための代理権の付与が必要となる場合など）が、それはそういった事情がある場合に、その点について後見制度の利用を検討するものであり、そのための訴訟行為を含めて、後見制度で対応する必要があるということではない。これについては、訴訟行為の後のフォローが速やかになされるための特別代理人制度と成年後見制度との連携をとれる司法と福祉の方策が検討されるべきと考える。

キ 第三者の不当な干渉への対応（悪徳業者等によるものを含む）

高齢者・障害者虐待の対応、親族間紛争への対応、悪徳消費者被害への対応については、後見人等に期待される役割は、法律行為に限定されるものではなく、本人の意思と利益を保護するためのキーパーソンとして、様々な関係機関と連携した事務・調査を行うとともに、不当な干渉を行う第三者と対峙する事実行為に大きな役割があるものである。

そして、どのような法律行為や事務、調査が必要かは、個別事案ごとに様々であり、これを類型化することは困難である。

ただし、だからといって、予測不可能な事態に応じて包括的な代理権を付与する必要はなく、概ね予測できる事態について必要な代理・代行権限を付与しておき、その後状況や課題の変化に応じて、新たな代理権の付与や代理権の終了などを行えばよいのである。

むしろ、法律行為の代理権以外のキーパーソンたることから派生する事務について、後見人等の役割として今後も期待せざるをえないのかどうか、虐待防止法制や消費者被害救済法制など全体としての支援体制の検討が重要であるといえる課題である。

ク 本人の意思決定支援への関与

意思決定支援をするために後見人等が必要となるということはないのは、そのとおりである。ただ、一旦は、後見人等の代理・代行権限の付与が必要とされた場合でも、まずは代理・代行権限行使の前に後見人等を含めたチーム支援で意思決定支援を行うこと、その過程において次第に代理・代行権限付与の必要性が消滅することも想定されるのであり、後見人等における意思決定支援の実践は重要である（利用者がメリットを実感できるような制度・運用の実現等の観点で後見人等の意思決定支援が重要なわけではない）。

ケ 行政手続

現行制度における後見人等の事務において、福祉諸制度や租税、保険料徴収、各種減免制度、年金、生活保護、その他様々な行政手続の代行は幅広く行われて

おり、その必要性が認められる場面も大きいところである。

本来的には、市民が行政手続の行うにつき、申請主義を基本とする日本の制度において、申請の意思表示と手続を行うことに支援を要する市民については、各行政手続を司る機関において、求められる合理的配慮や意思決定支援を行うことで、行政手続をできるようにすべきものかもしれない。しかしながら、現行ではその支援が全く存在しないことや、各種行政手続は、本人の財産管理や身上保護と密接に関連しており、介護・福祉・医療・住宅等の適切なサービスを受け、適切な収支管理をするために不可欠であることから、後見人等にその役割が期待され、実務上、行政手続の代行権限が付与されている（実務では保佐や補助の審判書の代理権目録に記載されており、その前提として包括的代理権を持つ後見の代理権にも含まれるものと解釈されている）。資料8のように、私法上の行為ではないから後見人等の代理権に含まれないという整理は、実務運用とは著しい乖離がある。

むしろ、行政上の申請手続や事務手続についても、代理・代行権限による保護の必要性が認められる場合には、代理・代行権限を付与することを正面から認める制度として検討がなされるべきである。

3 必要性の観点に照らした成年後見人等の関与のイメージ

基本的イメージとしては、概ね資料8の記載のとおりであろうと思われる。

ただし、「継続的な代理権」や「幅のある代理権」との概念や発想は不要であることは前述のとおりである。

また、継続的な保護の必要性がない限り、利用が終了することについては、有期・更新の制度を導入することが、その時点における、制度利用継続の必要性・補充性を判断するために必要不可欠な制度的措置であり、継続的な保護の必要性がなくなったとする申請による終了とするだけでは絶対に不十分である。

4 懸念等として指摘される4点について

①について

本人の状態の変化により生じた新たに求められる意思決定事項について代理・代行の必要性が生じた場合には、その段階で、再度申立をして代理権の付与をすればいいことである。

②について

施設や病院等による虐待などの著しく不適切な対応が生じた場合、本人の権利救済をはかるのは、まずは、高齢者・障害者虐待防止法による施設従事者対応

や介護保険法や障害者総合支援法・精神保健福祉法による適切な監査権限の行使によるべきものであり、そのようなことがないかモニタリングを行うこと自体を後見人等の役割とすることは本来ではない。

ただし、その対応の経過で、不適切な対応への救済として、一時的に代理・代行を付与して、生活場所の変更や財産管理を行う必要はあるかもしれず、その場合には改めて市町村長申立による制度利用をすることになる。

③について

このようなリスクが同居の親族に潜在的にある場合には、財産管理権限の必要性が解消しないので制度が終了しないのであり、そのようなリスクが同居の親族にないと判断して終了した場合には、新たに横領の事実が明らかになった場合、経済的虐待への対応として市町村長申立により、再度の代理権付与をすればよい。

④について

③の場合と同様に、そのリスクが明らかになった場合に、再度の制度利用をすればよい。

5 他の制度による保護又は支援の可能性

これは、成年後見制度開始の必要性・補充性のうち、補充性として、どのような他の制度や事情を考慮するかの問題という位置づけとして、障害者権利条約が要請する「必要最小限度の利用」の具体化のために重要である。

本人が、意思決定支援に基づく意思決定をできる支援環境がどの程度あるかどうかを確認し、それがあつた場合には、代理・代行権限による保護の必要性はあつても、補充性がないということになる。

そのような他の制度の支援環境として想定されるものとして、資料8に記載されている(1)ないし(6)はいずれも重要であるとともに、資料8には言及のない金融機関による一定の支出に関する本人による家族代理権設定の制度や民間の身元保証事業、あるいは、いわゆる家族信託契約などについても検討すべきである。

(1) 任意後見契約

基本的には本人意思に基づくものとして法定後見に優先するものとして位置づけられるべきであるが、任意後見契約の濫用事例に鑑みれば、本人の権利擁護の必要性から法定後見との併存や優先の例外を想定すべきである。

(2) 福祉等による支援

福祉等による支援として日常生活自立支援事業のほか、現在、新たな権利擁護制度の構築が検討されているところであり、これらが全国的に制度化される見通

しを十分に考慮していくべきである。また、福祉的支援については、全国一律ではなく、地域福祉の展開として、各地域ごとに様々な支援が発展する可能性もあるところ、そうした地域の特性に応じて、補充性は柔軟に判断されてしかるべきであり、全国的に確立した制度でなければ、補充性を認めないということにすべきではない。

また、福祉的支援については契約を締結することに基づくとされているが、そのために成年後見制度を利用するというのでは本末転倒のおそれもあり、福祉的支援を利用するための契約や判断能力のあり方は、現在の介護・福祉サービスの利用についてのそれに準じた解釈運用を検討すべきである。

(3) 見守り契約や任意代理契約

このような契約を利用することは、金融機関による一定の支出についての家族代理権の設定を含めて、代替手段として補充性を認めることができる資源であると考えられる。ただし、監督機関がない制度であるため、本人の権利擁護のための措置が適切にとられているかなどの評価を行う必要がある。

この関連で、いわゆる身元保証事業については、破綻事例や複雑な料金体系や死因贈与や遺贈を伴う契約など、監督官庁がない中で様々な問題が指摘されており、代替制度として評価するかどうかについては、今後の公的規制を含め慎重な検討が求められる。

また、いわゆる家族信託契約については、本人に求められる財産管理の一部を担うことはできても、本人の日常生活上必要な代理・代行を担うものにはならないことや、相続人の事前の相続対策や本人の意思を離れた利用のおそれもあるため、補充性の検討においては慎重な検討が必要である。

(4) 親族による事実上の支援

親族による事実上の支援により、本人に不利益なく安定した生活ができる場合においては、成年後見制度による代理・代行権限による保護の必要性はないものとするを、法的な権限ではないといて機械的に排除・否定することは、社会の実態に照らして相当ではなく、その役割を肯定した上で、本人の権利侵害や不利益が生じる事態になった場合には、速やかに法的権限による保護に繋げるように、権利擁護の地域連携ネットワークの構築が重要である。

また、親族による事実上の支援を代替措置として強調することにより、家族の負担が過重となり、権利擁護の公的支援が後退することがないように留意しなければならない。

(5) 消費者契約法などその他の法制度による保護

悪質業者からの消費者被害や第三者からの虐待事案などの権利侵害の回復につ

いては、基本的には、消費者契約法や高齢者・障害者虐待防止法等の各救済法において、障害の有無にかかわらず、一般的に十分に効果的な保護措置を取ることが第一義的に重要である。

(6) 特別代理人制度

訴訟行為が必要な場合に、訴訟行為能力が十分でないことについての保護としては、特別代理人制度を拡充することで対応することが基本的な考え方となるべきであり、そのために成年後見制度を利用するとする必要はないと思われる。

「第4 成年後見制度の利用場面について—本人の意思の観点からの整理—」について

本人の意思により、法定後見制度による代理・代行権限の付与を積極的に求めている場合には、本人の意思に反する場合や本人の意思が不明な場合における代理・代行権限の付与に比すれば、柔軟にこれを認めることは認められてしかるべきであると考えられる。ただし、その意思が支援者や家族による環境の中で、真意によるものであるかの吟味はたえず重要である。

また、本人の積極的な同意があるとしても、代理・代行権限の付与についての必要性の検討の手續は柔軟であるとはいえ必要であり、本人の意思に沿うからとして、必要性を問わずに代理権を付与することは、法定後見制度の性質上相当ではないと思われる。また、そうした本人の意思が、制度利用後において変化することも想定し、定期的な本人意思と必要性について再評価することが不可欠である。

そして、本人の制度利用に関する意思、同意については、判断能力などとリンクさせるのではなく、(そもそも属人的判断能力の判定は不要な制度となるのであるから)、本人が代理・代行権限により保護される必要性について理解できるかどうか、に基づくことになるとと思われる。

「第5 意思能力等についての検討」について

1 「意思能力」の明確化について

現行制度においても、成年後見制度の開始は、「事理弁識能力の程度」によって判断されており、「事理弁識能力」と民法3条の「意思能力」は同一ではないとされてきた。日常生活上の行為についてはどの類型においても取消権行使はできないこととしたことにより、事理弁識能力が欠けるとされた場合でも一定の法律行為は有効とされる(自己決定の尊重の基本理念の反映)ことも両者の違いを示すものである。すなわち、現行制度でも、本人がなした日常生活上の行為については、後見・保佐・補助とも取り消すことはできないとしているのは、事理弁識能力に問題があっても、それについては法律行為を無効としないということであり、このことは、後見制度

の開始と法律行為の意思能力無効が一致するわけではないことを前提としている。

そして、新しい制度においては、本人が意思決定を必要とする事項につき代理・代行権による保護が必要な場合に制度利用をするということになるため、「事理弁識能力」という概念とその認定を持ち込む必要はない（「障害上の理由で事理弁識能力が欠ける常況にある」と認定すること、どうしても障害者権利条約に反することになる）。つまり、本人が意思表示をすることが必要な事項について、意思決定支援によるのではなく、代理・代行権の付与による保護の必要性があるかどうかを認定して制度開始をするのであり、精神上的の障害等により、意思表示がどの程度できるかは、その必要性の一要素として考慮されるだけであり、現行制度のように抽象的な「事理弁識能力」のような能力判定をする必要がない。

また、行為能力制限を類型的に行わないという制度とするべきであると考えられる立場からは、行為能力制限の前提としての能力判定も必要ないということになる。

したがって、成年後見制度の開始における必要性の判断・認定と、民法の「意思能力」とは、直接には結びつくことはない、と整理されることになると思われる。

ところで、資料8では、意思決定につき他者の支援を受けたことによる意思能力の判定への影響の有無が検討されている。たしかに、今後、支援付き意思決定の制度化、社会における実践や認知度の浸透により、意思決定支援の状況が意思能力の判定の考慮要素となることは十分に考えられることであり、また許容されるべきことであり、資料8 p 21の（注3）の意思能力の定義の議論に加わる重要な要素となりえると考えられるが、そのことと、新しい成年後見制度開始の要件たる必要性の判定とは、関連性のない別の問題として整理すべきであり、今回意思能力の定義について新たな共通認識をはかることは求められないと考える。

2 意思決定支援の有無と法律行為の有効性とを結びつけることの可否等

上記のように意思決定支援の有無が個別事情として意思能力の判定に影響を及ぼしていくことは今後ありえるとしても、それを法律行為の有効・無効に直結する「意思能力」の推定とすることは、意思決定支援を促進する要素になる一方で、「意思決定支援をした」ことを理由に本人に不利益な契約を維持することにもなる。意思決定支援は、あくまでも障害のある人も完全な法的能力が保障されるための措置であるから、本人の保護の観点から意思決定支援に欠ける法律行為を本人が取り消すことができる政策的措置は考えられるところであるが、これを意思能力の推定に結びつけることには慎重であるべきである。

「第6 全体像について」

意見メモ（その１）で新しく提案した基本理念に基づく制度設計としては、法律行為や事務ごとに必要性・補充性を判断するということになり、精神上的の障害によることは必要性判断の一要素として把握するものであり、判断能力についての属人的判定をする必要はなく、その判断要素は一元化することが求められる。代理・代行権限の必要性が多数の法律行為や事務にわたる場合でも、あくまでその時点での必要性が多数認められるものにすぎず、その必要性はたえず変動するものであり、典型的・包括的な代理権を残すべきではない。

そう考えた場合、成年保護特別代理人制度を別に制度として設定する実益はなく、かえって、制度の混乱をもたらすものである。 以 上