

法制審議会民法（成年後見等関係）中間試案に対する意見書

2025年8月14日

東京弁護士会

会長 鈴木善和

「民法（成年後見等関係）等の改正に関する中間試案」（以下「中間試案」）についてパブリック・コメントの手続が開始された。当弁護士会は、中間試案について、下記のとおり意見を述べる。

記

第1 「第1 法定後見の開始の要件及び効果等」について

1 「1 法定後見の開始の要件及び効果」「(1) 法定後見制度の枠組み、事理弁識能力の考慮の方法並びに保護開始の審判の方式及び効果」について

乙1案に賛成する。

国連の障害者の権利に関する条約（以下「障害者権利条約」という）において障害者の完全な行為能力の保障の要請から代理・代行意思決定から意思決定支援への理念の転換がされていること、実際に現在の成年後見制度が利用者にとって過度の介入となっているとの利用者目線での批判もあることなどを踏まえ、「自律の保障」と、「地域社会におけるインクルージョン」が今回の制度改正の2つの基本理念になると考える。

そして、この2つの基本理念に基づき、第三者への権限付与による本人の権利制約はできるだけ少なくするような制度設計、具体的には判断能力の不十分さの程度から直ちに法的効果を生じさせるのではなく、本人の生活上の具体的な必要性、補充性に基づき制度利用が開始されるという制度とすることが要請される。

したがって、本人の具体的な個別の必要性、補充性を制度利用の要件として、必要に応じ個別あるいは複数の権限を付与する枠組みの制度とすることが相当と考える。

この点、個別に権限を付与する枠組みの制度とすることについては、実務上手続きが煩瑣になるのではないか、家庭裁判所が迅速に権限付与対応できるのか、乙2案のように予め一定の権限をパッケージで付与した方が、必要な権限の漏れが少なくてよいのではないかとの反対意見もある。しかしながら、基本的に、現行の保佐、補助制度においても具体的かつ個別の必要性を踏まえた権限付与の実務が展開されてきたのであり、その長年の実務の蓄積に照らせば、具体的な必要性に応じて個別に権限を付与する制度設計は実務に耐えうる仕組みと考える。確かに、乙1案は、担い手である保護者、家庭裁判所からすると、現行制度より負担が重くなるようなところもあるように思われ、今後も実務に

においてその負担を軽減しながら、迅速に本人保護につなげていく様々な工夫をしていくことが必要であろう。しかしながら、他方で、必要のない権限まで予めパッケージで一律に付与することを認めることは、本人に対する過度な権利制約になり、今回の制度改正の基本理念にもとると考える。本人目線に立てば、本人の自律、意思決定が尊重され、保護者には必要な限度で必要な権限を付与する制度設計こそが本来あるべき姿であるという制度改正の基本理念に立ち返るべきと考える。

なお、他の権利擁護支援の手段がないという「補充性」については、「必要性」の要件の一事情として判断されるべきもので、制度利用時の独自の要件とすべきものではない。現状補充性の判断まで家庭裁判所に求めることはかなり困難を伴うと思われるし、むしろ、全国的に見て成年後見制度に代わる代替手段が不十分な現況下、実質的に成年後見制度利用の必要がある人の制度利用が積極的に認められるべきことも少なくないであろうことを指摘しておく。¹

2 「1 法定後見の開始の要件及び効果」「(2) 法定後見に係る審判をするための要件としての本人の同意等」について

第1の1(1)において「乙1案に賛成する」という立場に立ちつつ、甲案に賛成する。

前述した制度改正の基本理念からすれば、本人の意思をできるだけ尊重することが求められることは言うまでもない。したがって、本人の同意は、代理権、同意権・取消権を付与するための重要な根拠の一つと見るべきである。

もっとも、本人が同意する能力を欠く場合に一切制度利用できないとすると、本人の権利実現を阻害し、また本人への権利侵害を防止できず、その保護に欠ける場面も出てくる。そのため、本人の意思尊重の重要性と本人保護の必要性との調整の見地から、本人が同意能力を欠く場合には、例外的に高度な必要性がある場合に、代理権、同意権・取消権を付与できると考えるのが相当である。

具体的には、代理権を付与する場合には、本人の同意能力がないことに加えて、本人に「著しい」不利益があることを要件とすべきである。そして、同意権・取消権を付与

¹ これに対して、乙2案に賛成する少数意見もあった。その理由として、乙1案は、本人の行為能力の制限を抑制的にすることができるものの、他方で、家庭裁判所が保護の必要性を個別具体的に判断して審判をすることは現在の体制に比して相当の負荷となり、かえって審判開始まで長期間を要することになり本人の利益に反すると懸念されること、事理弁識能力を欠く常況にある者と事理弁識能力が不十分であるにとどまる者とは保護の必要性は異なるため、これらを区別せずに一律に扱うことはかえって本人の不利益になりかねないことなどが挙げられている。そのうえで、現行法上の法定後見制度の短所を克服しつつ、これまでの実務との融和を図る観点から、利用を希望する者の事理弁識能力の有無及び程度を医師が診断したうえで、裁判所が事理弁識能力の不十分な者と事理弁識能力を欠く常況にあるものについて、それぞれの別個の制度開始要件を適用する乙2案が妥当とするものである。

する場合には、これが行為無能力制度そのもので公的介入の度合いが代理権の付与の場合よりも大きいことを踏まえ、本人の同意能力がないことに加えて、より制限的に、本人に「重大な」不利益があることを要件とすべきである。以上から、「甲案」が相当である。

もっとも、同意能力の有無については、特に境界域の案件になると、実務的にその具体的内容の把握が難しいように思われる。現行制度よりもパターンリスティックな介入をしないことが前提であるとする、補助、保佐類型の本人については同意能力があるとされることが多いであろうが、現在広めに認められている後見類型の本人の場合についてはどうであろうか。実務が混乱しないよう具体例の共有等の十分な配慮が必要と考える。

また、消費者被害等、脆弱な高齢者や障害者への権利侵害が増加することのないよう消費者法制における取消権の充実も併せて検討されるべきである。そして、前述した本人に対する「著しい」不利益や「重大な」不利益の解釈についても、消費者保護法制が十全でない現況下において、これを厳格に解しすぎれば、本人の保護にもとる結論となることにも意を用いる必要があることも指摘しておく。²

3 「1 法定後見の開始の要件及び効果」「(3) 申立権者（請求権者）」について

- (1) 現行法の規律を維持し、利害関係人を含めない「甲案」に基本的に賛同しつつ、任意後見人が欠けたことにより任意後見契約が終了した場合に任意後見監督人であった者を請求権者に追加するという意見に賛成である。

利害関係人は公益的立場にある市区町村長及び検察官とは異なるから、利害関係人を申立権者に加えることは相当でない。また、取引の相手方の利益は訴訟提起がされれば特別代理人の制度により対応できる。制度改正が本人の意思を尊重する観点からの改正であり、本人の意向に反してでも取引の相手方の利益のために申立権者の範囲を拡大することには慎重であるべきといえる。

また、任意後見監督人については、現行法上も後見等開始審判の申立権者であるところ（任意後見契約に関する法律10条2項）、本人の状況がある程度把握しているため、任意後見人が欠けたことにより任意後見契約が終了した時に任意後見監督人であった者についても、申立権者に含めることが本人の保護に資するものといえる。

4 「2 取消権者及び追認」について

² これに対して、第1の1(1)において「乙2案に賛成する」という立場から甲案に反対する少数意見もあった。その理由は、法的に有効に同意する能力を有する場合には、本人の意思の尊重のために同意を要件とするとしても、事理弁識能力を欠く常況にある者は法的に有効な同意をする能力も欠く常況にあることが想定されるのであるから、このような場合には、本人保護を優先し、本人の同意がなくても保護開始の審判をできるようにすべきことを理由とするものである。

本人保護の実効性確保の見地から、現行法の規律を維持する甲案に賛成する。そして、同意権を付与された第三者が取消権を行使することについては、本人の意思を尊重し、本人の同意に基づくことを原則とし、本人の意に反してでも取消権を行使することができるのは、取消権を行使しなければ本人の生命・身体・財産・生活に重大な影響が生じるおそれが顕在化したときでなければならないという職務上の義務を課することが相当である。

ただし、同意能力があるが、事理弁識能力が著しく不十分な者について、重大な影響がある場合に限って取消権を行使してよいとするのは限定的にすぎるとはならないかという意見もあり、消費者保護法制が十全でない現況下において、取消権行使の具体的な要件について検討を続ける必要があると考える。

第2 「第2 法定後見の終了」について

1 「1 法定後見の開始の審判又は保護者に権限を付与する旨の（個別の）審判の取消し」について

第1の1(1)において乙1案に賛成する立場から、本論点において(2)に賛成する。

制度開始要件である権限付与の必要性がなくなったときには、判断能力の程度の回復がなくとも公的な介入による本人の権利制約を継続すべきでないから、法定後見を終了させる必要がある。

本人の同意を開始要件とするだけでなく、継続要件とするかという点については、本人の同意を継続要件とすると、本人が判断能力の低下に伴い安定的な判断ができなくなっていることもあることを考えると、実務上相当ではない。

本人の同意を終了要件とするかという点について、すなわち客観的な必要性が消滅した場合にも、本人が制度利用に同意していれば、制度利用を継続するかという点については、客観的な必要性よりも「本人の同意」という主観的な要素を重視すべきとして、終了要件とすべきとの意見もある。しかしながら、本制度が公的な介入をする制度である中で、客観的な必要性が消滅した以上、本制度の利用は相当でないであろう。ただし、本人が制度利用を望んでいる場合について、客観的な必要性を厳格に解するのもまた相当でなく、本人の意思尊重の見地から、必要性を緩やかに解して本人の意思に沿った柔軟な本人支援策を講じていくことも重要と考える。

なお、終了時の補充性の要素の考慮についてであるが、そもそも検討の前提となる成年後見制度に代替する支援制度の整備が全国的に行われているとは到底いえない。当弁護士会としてもホームロイヤー制度や弁護士による財産管理制度の利用拡大や信頼できる信託制度の検討等を進めていく所存であるが、国においても、日常生活自立支援事業の拡充を含め、代替する支援制度の拡充、整備が必須である。ただ、いずれにしても、この代替制度の整備が不十分な中、補充性を厳格に解して、制度利用を終

了させることは、本人の支援にもとる結果となると考える。³

2 「2 法定後見に係る期間」について

本論点における乙1案または乙2案に立ちつつ、定期的な制度利用の要件の見直しの機会が制度的に保障されること、本人や後見人が的確な保護継続の手続きをとらなかったことにより権限付与の必要性があるにもかかわらず終了することがないような手当を確保すべきという意見に賛成する。

本制度の利用を必要な時期と範囲に留めるという要請を具体化するのに、申立権者からの法定後見の取消しの申立てだけに委ねるのでは不十分で、定期的な見直しが必要と考える。障害者権利条約も、保護措置について定期的な司法機関による審査の対象とすることを要請しているところである。

なお、期間の到来により当然に終了するという制度とした場合、本人や保護者が更新申立手続きを失念・徒過してしまうことなどにより、制度利用の必要性が継続しているのに本制度が終了し、本人の保護が図れないことも考えられる。本人や後見人等が確実に更新の機会を認識するような機会の確保等の措置、手当が必要である。

第3 「第3 保護者に関する検討事項」について

1 「1 保護者の選任」

現行法の規律を基本的に維持しつつ、考慮事由として例示列挙された事由の冒頭に「本人の意見」を加えることに賛成である。

2 「2 保護者の解任（交代）等」について

乙2案に賛成である。

現状、民法846条所定の解任事由がない限り解任できず、解任が欠格事由と連動していることから、後見人等の柔軟な交代ができない状況になっている。

もっとも、第二期成年後見制度利用促進基本計画においても、後見人等の柔軟な交代の必要性が求められているし、実際、たとえば後見人等と本人との相性が悪かったり、後見人等と支援者とのコミュニケーションが思うように図れなかったりして、後見事務が停滞、時に混迷することもあった。その意味で、欠格事由に連動しない新しい解任事由を設けることは、後見人等の柔軟な交代につながり、有意義なものといえる。ただし、このような本人の利益のために特に必要がある場合の交代についてまで、「解任」とするのは、語感として違和感があり、別の類型を設けることが望ましいと考える。

欠格事由については、欠格が後見人等の業務に与える影響の重大さに鑑みると、不

³ これに対して、本論点で(3)に賛成する少数意見の理由は、第1の1(1)で乙2案に賛成したことの帰結であるが、この少数意見にしても、客観的な必要性が消滅した場合の法定後見の終了を支持することについては、前記多数意見と同様である。

正行為や不行跡が明確な場合に限定すべきであり、その他の事由（新たに設けられる解任事由を含む）については、欠格と連動させないような制度設計をすることが適切である。⁴

- 3 「3 保護者の職務及び義務」「(1) 本人の意思の尊重及び身上の配慮」について賛成である。

後見人等が事務を行うに当たって、できるだけ本人の意思を尊重する義務を負うことを明確にしつつ、後見人等が本人の意思に反して例外的な決定をする場合に明確な根拠を求めることで、本人の意思の尊重と本人保護を単なるバランスの関係で捉えるのではなく、本人の意思の尊重を優先した職務をさせることを明らかにするもので相当である。

また、同じ理由で、特に本人の意思決定に対する強い公的介入となる保護者の取消権については、その行使に当たって本人の意思尊重を明確化させることが相当である。

- 4 「3 保護者の職務及び義務」「(2) 財産の調査及び目録の作成等」について

第1の1(1)において乙1案をとることを前提に、保護者は、成年後見制度における財産の調査及び目録の作成、財産目録の作成前の権限に関する規律を設けない（削除する）ものとし、あわせて本人の財産を管理し、かつ、財産に関する法律行為について本人を代表する旨の規律を設けない（削除する）ものとすることに賛成である。⁵

- 5 「3 保護者の職務及び義務」「(3) 成年後見人による郵便物等の管理」について

事理弁識能力を欠く常況にある者についての保護の仕組みを設ける場合及び事理弁識能力を欠く常況にある者についての保護の仕組みを設けない場合のいずれにおいても、郵便物等の管理の規律を設けるものとすべきである。

郵便物の管理能力は、必ずしも本人の判断能力の程度と一致するものではなく、これによって区別できるものではない。そこで、本人の判断能力の程度にかかわらず、本人の通信の秘密の保護の要請に配慮しつつ、必要な場合には、一定の転送権限等を付与することができるものとすべきである。

具体的には、付与された代理権との関係で、郵便物について開披できるものとした上

⁴ これに対して、欠格事由について条件付きで乙1案に賛成する少数意見がある。これは、「その他の保護の任務に適しない事由」には、欠格相当のもの（不正行為や著しい不行跡はまだ起きていないが、保護者が事情により実務処理能力不十分に陥り回復可能性が乏しい場合など）も含まれ得るところ、制度への信頼性確保のために、裁判所が、保護者が「その他の保護の任務に適しない事由」には当たるが別事件の欠格事由にまでは該当しないと考える場合には、保護者を解任する前に辞任を勧告することを条件として、乙1案に賛成するというものである。

⁵ なお、第1の1(1)において乙2案に賛成する少数意見からは事理弁識能力を欠く常況にある者についての扱いについてのみ現行の規律を維持もしくは保護者に包括的あるいは特に権限を与えて生活上の問題を解決すべしとの意見があるが、今回の改正において、第1の1(1)において乙1案、乙2案をとる場合には、包括代理権の付与を前提とする859条を削除することについては、法制審議会民法（成年後見等関係）部会でも一致して確認されているところである。

で、本人宛ての郵便物の回送を認め、代理権と関係のない郵便物は速やかに本人に交付しなければならないとすることが考えられる。

なお、通信の秘密の保護との関係では本人の同意と期間制限は必要と考えられる。⁶

また、電子メールの受領権限付与について検討課題とすべきである。

6 「3 保護者の職務及び義務」「(4) 成年後見人の居住用不動産の処分についての許可、利益相反行為、成年後見の終了の際の後見の計算等」について

成年被後見人の居住用不動産の処分についての許可、利益相反行為、成年後見の終了の際の後見の計算等については、特定の代理権付与を基本とする場合においても、いずれも現行規定の趣旨を当てはめる必要があり、現行法の規律を維持することに賛成する。

なお、(注1)については、第1の1(1)で乙1案をとる以上、代理権が限定されるため、独自の財産調査権を付与し、調査先に権限を公示できるように代理権目録に示すべきと考えるが、保護者の責任の範囲を限定する趣旨で代理権を離れての調査権限の付与は不要と言うべきである。

また、(注2)のいわゆる医療同意権については、第三者の代諾ではなくアドバンス・ケア・プランニングを推進し、国のガイドライン（「人生の最終段階における医療・ケアの決定プロセスに関するガイドライン」「身寄りがいない人の入院及び医療に係る意思決定が困難な人への支援に関するガイドライン」）に沿った対応が進んでいる現状では、なお消極で問題無いと考える。

7 「4 本人の死亡後の成年後見人の権限（死後事務）等」について

本人の生前の意思や死者の尊厳も考慮した終末期の対応、死亡直前の入院費用や施設利用料の支払や公共料金の支払、退去手続や死亡届等の行政機関への各種届出事務等も期待されているところ、第1の1(1)においていずれの立場であっても、権限者が本人の生前に付与されていた権限の内容と関連性を有するものにつき、本人の死体の火葬又は埋葬に関する契約の締結の権限、相続財産の保存行為、弁済期の到来した相続債務の支払の権限のそれぞれにつき、家庭裁判所による許可を得た上で、行うことができるものとすべきである。

8 「5 保護者の報酬」について

現行法の規律を維持するのではなく、862条を次の通り改正することを提案する。

862条「家庭裁判所は、保護者及び被保護者の資力、保護者の資質や行った事務の内容、性質、その他の事情によって、相当な報酬を決定し、保護者に与えることができる。但し、その支払いについては、被保護者の財産からなされる場合のほか、国又は地方自治体その他の第三者により被保護者の財産以外から直接行うことを妨げない。」

その理由は、以下のとおりである。担い手としての保護者の資質（専門職の専門性

⁶ ニーズの高さから本人同意を不要とする意見、6か月以上の期間を求める考えもあった。

を含む)の重要性が高まる中、担い手の資質、専門性を的確に評価していただくことが、保護者(市民後見人、専門職後見人など)や監督人の持続可能な供給体制の確保には重要である。そのため、保護者の資質のほか、各受任事案の特徴及びその負担を意識した文言を加える必要がある。自治体の成年後見制度利用支援事業で、助成決定は出るものの、助成金は本人口座にしか振り込まないという運用のところも多いと思われるが、この場合、代理権のない保佐・補助案件で、かつ、本人との関係構築ができない困難案件では、事実上利用支援事業の助成金さえ受け取れないという結果が生じている。

今般の法改正後、預金等の代理権が付与されない事案が今より多くなると思われるところ、利用支援事業も本人口座にしか送金されないとする、事実上報酬を受け取れないケースが多くなるため、この点についても配慮を求めたい。困難な事案を担当した後見人が報酬も受け取れないようでは、後見制度の担い手は減るばかりになると強く危惧するためである。

また、弁護士会の立場から言えば、最後の頼みの綱である利用支援事業さえ利用できない案件は、後見人の給源である専門職団体として責任があるとしても、候補者の推薦は難しくなるため、併せて報酬確保の方策が検討されるべきである。

現在、後見、保佐、補助事務においては、特に代理権がない類型において報酬の確保ができるか予測が難しい中でも、費用の立替、報酬の後払いが原則となっている。

しかし、専門職後見人の引受け手が減少する中、予納金納付や費用前払請求を原則とする運用を行う、報酬等引出し許可審判を認める、遺産分割や交通事故の損害賠償金移管する預り金からの支払い、資力のない本人については法テラスの民事法律扶助等が使えるような仕組みづくりなどの方策が必要である。そもそも専門職後見人が選任された場合には、預貯金取引の代理権が付与されない場合でも、報酬や費用支払に関して、当然に預貯金から引き出す代理権が付与されるような制度設計にすることも検討すべきである。

また、そもそも報酬決定は本人の財産の範囲内でなされているわけではなく、現状でも最低限の報酬決定がされても、本人の財産がない部分について、自治体の報酬助成が受けられない場合には事実上支払を受けられないこともある。

よって、支払の本人負担の原則を維持する必要性はなく、報酬決定について福祉的な意味も含め、裁判所の裁量で決定できることを明らかにし、支払と分離し、本人財産を考慮することなく決定された報酬の範囲で行政など公的団体が後日、予算をつけて支払もできるようにすることが検討されるべきである。

本人の財産以外からの支払の例外を認める但書を設け、助成金などの受取事務に支障がないようにし、併せて報酬決定の柔軟性を確保して柔軟な運用を現場に促すことができるようにしていくべきである。

9 「6 保護者の事務の監督」について

引き続き家庭裁判所が柔軟かつ責任を持って監督をしていくべきであるから、現行法の規律を維持することに賛成である。

第4 「第4 法定後見制度に関するその他の検討事項」について

1 「1 法定後見制度の本人の相手方の催告権」について

賛成である。改正後においても、特定の法律行為に関する同意権・取消権（又は取消権）を付与することができる制度とする場合には、取引の相手方が法律関係を早期に確定し得るための手段はなお必要だからである。

2 「2 本人の詐術」について

現行法の規律を維持することに賛成である。但し、同意権・取消権が特定の行為に限定され、制度の終了がより柔軟に行われることで本人の自己決定権の尊重が図られるようになる中で詐術を主張される機会も増えることがありうるが、安易に何らかの作為での「詐術」と認定されないように従前通り慎重に利益衡量を行うべきであり、取引の安全に偏った利益衡量の変更がないように留意しなければならない。

3 「3 意思表示の受領能力等」について

第1の1(1)において乙1案をとることを前提に、(1)についてウに賛成し、(2)について乙案に賛成である。事理弁識能力を欠く常況にある者という認定をしないこととした場合には、制度利用をしていることで、本人に意思表示の受領能力があるかどうかについては明らかではないため、現行民法98条の2のただし書きの規定は削除されるべきである。⁷なお、意思表示の受領能力がない場合の制度一般がないことは法の欠缺とも考えられ、一般的な規定として意思表示を受ける者の制度を創設することについて異議はない。

4 「4 成年被後見人と時効の完成猶予」について

第1の1(1)において乙1案をとることを前提に、事理弁識能力を欠く常況にある者に別の保護の類型を設けないと考える以上、保存行為を自らすることが困難かどうかは制度利用をしていることから画一的には認定できず、規定を削除することが相当である。

5 「5 受任者が法定後見制度を利用したことと委任の終了事由等」について

(1)及び(2)のいずれについても、乙案に賛成する。本人の社会参画の促進の理念や差別禁止の趣旨から、障害者権利条約の批准のための措置として、各法において本人に成年後見や保佐が開始した場合に欠格事由とされていたことにつき、措置法によって多くの関連法令において欠格事由から削除された趣旨を、今回の民法の委任及び代理の規定においても考慮すべきであり、これは認知症基本法の考え方とも整合するものだから

⁷ もっとも、事理弁識能力を欠く常況の概念を維持する第1の1(1)の乙2案をとる立場からはその部分において現行法の規律を維持する意見もあった。

である。また、受任者が意思能力を欠くときに、委任の効果が委任者に及ぶ不利益は、委任者と受任者の委任関係上の問題であるところ、委任関係を終了させるか否かは、委任者と受任者の信頼関係が破綻しているか否かの問題であって、委任関係における個別判断によるものと考えられる。⁸

6 「6 成年被後見人の遺言」について

第1の1(1)において乙1案をとることを前提に、成年被後見人の遺言の規律を設けないとする(3)に賛成である。事理弁識能力を欠く常況との認定は行わず、何らかの判断能力が不十分であるということだけで制度利用をすることになる場合には、遺言能力との関係は全く別の能力になるのであるから、遺言能力の有無は制度利用とは別に独自に判断されるべきであり、また、事理弁識能力を欠く常況において例外的に遺言能力があるというために一律に医師の立会いという手法に限定することは、自己決定権の行使を一身専属性のある身分行為において過剰に萎縮させることにも繋がり相当ではない。⁹

7 「7 法定後見制度の本人の民事訴訟における訴訟能力」について

第1の1(1)において乙1案をとることを前提に、(3)に賛成である。「事理弁識能力を欠く常況にある者」について認定をしない仕組みとする場合には、当然に訴訟無能力になることはなく、当然に法定代理人によらなければ訴訟行為ができないとはならない。したがって、現行法の成年被後見人に関する規律は削除することが相当である。¹⁰

8 「8 法定後見制度の本人の人事訴訟における訴訟能力」について

「事理弁識能力を欠く常況にある者」について認定をしない仕組みとする場合には、訴訟当事者となって本人のために原告又は被告となるという人事訴訟法第14条の規定をそのまま維持することは困難であり、第1の1(1)において乙1案を採用することを前提に、(3)に賛成する。なお、しかし、人訴においても訴訟能力がないと評価される場合については、民事訴訟法のように、成年後見制度の利用による訴訟代理権を付与することができないとすれば、人事訴訟を起こすことも起こされることもできないこととなる不都合が残るため、当事者に代わって職務に付くための地位につき、人事訴訟法上に規律を定めることとすべきである。

⁸もっとも、会社法の取締役の終任の規律との関係で、第1の1(1)において乙2案に賛成することを前提に、乙2案の保護Bの本人については現行法の規律（委任の終了事由の規律）を設ける（維持する）ものとすべきであるとの意見があった。

⁹ 事理弁識能力を欠く状況の概念を利用する立場でも乙2案であれば保護Aの状態の場合に遺言能力を欠くかは別の能力の問題となるのであるから、遺言の規律を特に設ける必要はないと言える。

¹⁰ 事理弁識能力を欠く状況の概念を利用する立場でも乙2案であれば保護Aの状態の場合に訴訟能力を欠くかは別の能力の問題となるのであるから、典型的に排除するのは相当ではない。もっとも、訴訟の安定性から事理弁識能力を欠く常況の認定をする制度（保護B）をとる場合においては、なお訴訟能力の概念を利用することも考えうるが、やはり規律を排除した上で、必要に応じて民事訴訟法においては特別代理人の制度などを利用することが自己決定権の尊重につながると思料する。

9 「9 手続法上の特別代理人」について

第1の1(1)において乙1案をとることを前提に、具体的な必要性に基づき特定の代理権を付与する制度とした場合には、当該訴訟に関する代理権付与とそれを担う代理人が選任されていないとき、訴えを提起された被告となる本人は、自ら応訴するか、訴訟代理人を委任して応訴できる訴訟能力がある場合もあれば、そのような訴訟能力がない場合もあるところ、その能力の有無については、後見制度を利用しているだけでは認定されない（事理弁識能力を欠く常況を認定しないし、それが訴訟能力と一致するわけでもない）。もっとも、訴えを提起する側の裁判を受ける権利を保護するためには、応訴できるのかできないのかを当該手続で解決できるようにすべきであり、原告が疎明をし、かつ、遅延のため損害を受けるおそれがあることを疎明した場合について、受訴裁判所において特別代理人を選任することができるように規律を見直す必要がある。

第5 「第5 任意後見制度における監督に関する検討事項」について

1 「1 任意後見人の事務の監督の在り方」について

任意後見監督人選任を必須のものとし、家庭裁判所による直接の監督も認めるとの方向性、さらに（注）に記載されている監督に対する本人の意向を尊重できるような制度の在り方を検討すべきとの【乙案】に賛成する。

任意後見制度の利用が広がらない原因としては、全件で任意後見監督人選任が必須とされ、監督人の報酬負担、また第3者の監督を受けること自体の負担も重いと言われている。そのため、法定後見同様、事案によっては家庭裁判所による直接の監督も認められてよいと考える。

さらに、監督方法については、いろいろな方法があり得、また本人の意向を反映させていく仕組みも様々考えられるので、多様化について将来的には検討すべきと考える。

例えば、行政機関（中核機関等）による監督についても検討していくことが望まれる。

監督の頻度や具体的方法についても、任意後見契約の定め方も含め、検討を進めていくことが望まれる。¹¹

2 「2 任意後見人の事務の監督の開始に関する検討」について

(1) まず前記のとおり、任意後見監督人の選任を必須としないこととなった場合、「任意後見人の事務の監督の開始」が任意後見の発効要件となる。

どういった場合に任意後見人の事務の監督を開始するか、という要件については、現

¹¹ これに対して、後見監督人による監督を必須のものとし、裁判所が全てのケースで個別に異なる任意後見契約の内容を考慮して監督する必要があるところ、裁判所の物的・人的な体制上かなりの負担が生じるという問題がある。個別の任意後見契約ごとに、本人の意思や生活環境にあった形で任意後見人の代理権限が行使されているかどうかを判断するためには、任意後見監督人による監督が存在するほうが安定的に制度を運営できるとする少数意見もあった。

行法の規律を維持し、①本人の判断能力が不十分であることと、②原則として本人の同意が必要とすることに賛成する。なお、本人がその意思を表示することができない場合には、本人同意がなくても開始が可能であるとの現行法の規律も維持されるべきと考える。

(2) 適切な時機に任意後見人の事務の監督を開始するための方策

ア 申立権者について

申立権者を広げる方向での見直しを引き続き検討するとの方向性に賛成する。任意後見の利用を広げることに資すると思われるからである。

(注1)の本人が公正証書において指定した申立権者を指定できるとの考え方に賛成する。本人の意思・希望に依拠した任意後見制度の趣旨に適うものであり、公正証書により行うことで本人の意思確認及びその後の申立段階での申立権の確認も適切に行うことができる。具体的には任意後見契約作成時に、指定する方法が考えられる。(注2)及び(注3)については、任意後見の活用を図るには申立権者の定め自体は広く定めるほうが趣旨に沿う。さらに検討を進めることが必要と考える。

イ 申立義務について

現状、任意後見については、任意後見契約数に比して任意後見監督人選任の申立件数が少ない。この提案は、任意後見受任者に対して、「本人の事理弁識能力が不十分な状況にある場合には、任意後見人の事務の監督を開始するための裁判手続の申立てをしなければならない」ことを認識させるものであり、申立ての向上につながる。現在も、任意後見契約において、申立義務が規定されていることも多いと思われるが、上記内容の明文ができれば、公証人から任意後見受任者に対して、上記内容の説明をすることができるので、さらに任意後見受任者に対して自覚を促す効果があると考えられ、提案のような規定を設けることに意義がある。

ただ、申立義務違反があったとしてもその効果をどのように定めるかには議論がある。任意後見人の事務の開始の裁判手続の申立ての履行を強制することは困難であり、申立義務者への制裁等がないとすれば、その法的意味合いの整理が難しく法的義務とまで言えるのかという疑問がある。また義務を履行しない受任者に任意後見人としての適格性があるのかとの指摘もある。

以上の点も踏まえ引き続き検討されるべきである。¹²

¹² これに対して、任意後見契約関係は、本人と任意後見受任者との間の契約に基づくものである以上、任意後見監督人の申立ても契約上の義務に留め、その違反の場合には契約違反としての損害賠償義務等の対象となることにより規律するのが相当である、法律上申立義務を課し、違反した場合に法律違反の効果を生じさせることは過大な責任を負わせ、任意後見契約利用に対する躊躇を招来する一因になるとして、申立義務を規律することに反対する少数意見もあった。

第6 「第6 任意後見制度と法定後見制度との関係」について

1 「1 任意後見制度と法定後見制度との併存の可否等」について

任意後見制度と法定後見制度の併存を認めることに賛成する。

現行法では、両制度の併存は認められていないが、法定後見の権限付与が個別的必要性に応じて、特定の事務ごととなることを前提に、併存を認めることが適切な事案もあると考えられる。

併存を認めた場合、成年後見人等と任意後見人との権限が重複することもあり得るので、その調整が必要であれば、裁判所によって判断されることが必要である。

任意後見人と成年後見人の併存を認める場合、代理権の混在を生じ、事務遂行に混乱が生じことが無いよう、引き続き検討することが適切である。

なお、併存させることによる経済的負担についてどう考えるかについても、検討を要する。

2 「2 任意後見契約が存在する場合に法定後見制度の利用を開始する要件等」について

乙案に賛成する。

任意後見と法定後見の併存を認めることとしても、本人が希望して、予め備えて締結していた任意後見契約を優先とする（任意後見優先の原則）ことが適切であると思われる。

そこから、任意後見契約が存在する場合に法定後見制度の利用を開始する要件については現行法の規律である「本人の利益のため特に必要があると認めるときに限り」法定後見を開始できるとの規律（任意後見契約に関する法律10条1項）を維持することに賛成である。原則として任意後見制度が優先するものとする。「本人の利益のため特に必要があると認めるとき」について、任意後見人が不適任であることを一事由として括りだすとの意見については、「不適任」と言える事情やほかの考慮要素の例示も必要ではないかと思われ、さらに検討することが必要と考える。

法定後見制度の利用を開始している場合に任意後見を発効させる（任意後見人の事務の監督を開始する）要件については、現行法上は、「本人の利益のため特に必要であると認められるとき」を除き（同法4条1項2号）、任意後見を発効させ（同法1項本文）、法定後見は、取り消されるとしている（同2項）。これにより任意後見と法定後見は併存しないこととなっているが、この規律については削除することに賛成である。

削除すると、任意後見人の事務の監督を開始する裁判手続きが申立てられると任意後見が発効し、既に開始している法定後見と併存することとなる。その場合の権限の調整は前記のごとく家庭裁判所の判断により行われることとなる。

法定後見制度の利用を妨害する目的で任意後見契約を締結する例や濫用的な事案も

散見される実態があるが、それについては個別事案ごとの判断で対応すべきである。¹³

第7 「第7 任意後見制度に関するその他の検討」について

1 「1 任意後見契約の方式、解除及び追加（変更）、予備的な任意後見受任者」「(1) 任意後見契約の方式」について

現行どおり、公正証書による要式行為とする旨の規律を維持することについては賛成である。今後、公正証書のオンライン化等により、利便性が高まることを期待する。

2 「1 任意後見契約の方式、解除及び追加（変更）、予備的な任意後見受任者」「(2) 任意後見契約の一部の解除及び当事者の合意による事務の委託の追加」について

「事務の委託の追加（変更）」の提案に賛成する。

現行においては、任意後見契約の変更、すなわち事務の委託の一部取消し（一部の合意解除）も事務の委託の追加も許されておらず、作成した任意後見契約を全部解約し、改めて新しく任意後見契約公正証書を作成するしかない。任意後見発効後は、変更する余地がなく、任意後見による法定後見に移行するしかない。

このような硬直的な制度ではなく、変更が許される制度とすることで、任意後見制度の利用促進に資すると思われる。

変更を認める場合の要件としては、公正証書によること、変更前の公正証書と一体として扱われることが必須と考える。任意後見発効後の変更については、本人の意向や家庭裁判所の関与の要否や必要としてその具体的内容など、さらに検討を続けることが望まれる。

3 「1 任意後見契約の方式、解除及び追加（変更）、予備的な任意後見受任者」「(3) 任意後見契約の一部の発効」について

任意後見契約の一部を段階的に発効させることができることににつき、引き続き検討することに賛成する。

法定後見同様、必要な時機に必要な代理権を任意後見人に付与することができることが本人の意思の尊重という任意後見制度の趣旨に沿う。

契約の相手方にとっての負担が大きくなるおそれがあるので、発効している代理権が確認できるよう登記の見直しも必要である。

4 「1 任意後見契約の方式、解除及び追加（変更）、予備的な任意後見受任者」「(4) 予備的な任意後見受任者（任意後見契約の登記に関する規律等）」について

予備的受任者を認め、登記も可能とする乙案に賛成する。

任意後見契約が、本人が自身の将来に備えて締結するものであるという性格から、契

¹³ （注）については、任意後見をなるべく優先させようという考慮は理解できるものであるが、法定後見においては必要性和共に原則として本人の同意を要件とするとの考え方から、本人の意思が法定後見を望む場合に法定後見の利用を禁じる必要はない。

約締結後、発効までには長期間が経過する場合が多い。任意後見受任者が本人より先に死亡したり、病気になった、などの相談を受けることはあり、予備的受任者を定めておきたいというニーズは大きいと認識している。

現行法のもとでも、事実上の対応は可能ではあるが、安定的に使いやすい制度とするために、予備的受任者を制度として認めることが適切である。ただし、発効要件をどのように整理するのか、条件成就したときの手続きをどうするのかなどの課題について引き続き検討が必要である。

5 「2 その他」について

- ① （注1）の本人の意思の尊重等に関し、法定後見と同様の見直しをすることについては賛成する。今回の改正の趣旨である本人の意思の尊重を任意後見制度についてもさらに見直すことが適切である。
- ② （注2）の任意後見契約解除につき、任意後見の発効後であっても家庭裁判所の許可なく解除をすることができることにについては、さらに検討が必要である。¹⁴
- ③ （注3）の任意後見契約の有効期間の規律を設けるとの考え方については、反対する。

任意後見においては、任意後見契約において有効期間を定めることもできることから、本人が有効期間を定めれば足りると考えられる。

- ④ （注4）の任意後見契約を親権者等の法定代理人が締結することができるか否かに関する規律を設けるとの考え方については、引き続き検討することに賛成する。

任意後見契約が本人の意思・意向を最大の根拠とする制度であることから、たとえ親権者であっても他者決定は許されないとして代理人による任意後見契約の締結は許されないとの考えもある。

他方で、特に親権者は、子を養育保護して、その福祉を守る立場にあり、親権者に限っては、未成年の子を代理して任意後見契約の締結ができるとの考えもあり得ると考えられる。子（本人）が成人になった以降に任意後見契約の継続を望まないのであれば、その時点での本人による解除が認められれば足りると思われる。

障害児の親権者が、自らの死亡後に備えて任意後見契約を代理締結しておきたいとの希望は深く理解できるところであり、引き続き検討されることが望まれる。

- ⑤ （注5）の医療同意にかかる点については、さらに検討すべきである。

任意後見は本人の同意により明確に保護者に医療侵襲に関する同意を与えられる点

¹⁴ 任意後見制度が本人の意思をその基礎としており、当該本人が同制度の利用を止めたいのであればそれを認める、というのも一定の合理性があると考えられる。しかしながら、発効後については、本人も同意して任意後見人に事務を委託することとしているものであり、本人の判断能力が従前ではない状態であることから、この場合に本人の判断のみで解除できるとすることは本人保護に欠ける結果となる危険もある。

が法定後見とは大きく異なるものであり、意思決定支援の観点からもむしろ推進する。医療行為の在り方や事前指示の考え方については様々な考え方があることから慎重な検討が必要であるものの、本人の治療行為その他の医的侵襲の同意に関する事務を委託できる根拠規定を明文で創設することを検討してよいと考える。

この場合、治療行為やその他の医的侵襲の内容をどこまで具体化するのかについても丁寧に検討することが必要である。

第8 「第8 その他」

1 「1 成年後見制度に関する家事審判の手続についての検討等」「(1) 法定後見制度における精神の状況に関する鑑定及び意見の聴取」について

第1の1(1)において乙1案をとるものであり、乙案に賛成する。

法定後見の開始の要件である判断能力の不十分さの認定においては、医師の意見は聴かなければならないとすべきであるが、鑑定については裁判所の裁量判断に任せることで足りると考える。現行制度のもとでも鑑定の実施割合は高くなく現行の運用で十分であると考えられる。

「本人を支援している、主として福祉行政、福祉専門職、福祉事業者等の福祉関係者の意見を聴かなければならない旨の規律を設けることにすべき」との意見もあるが、それには反対する。

保護者が福祉関係者とチームとなって本人を支援していくとの姿勢は重要であるものの、今後、個別の権限付与となり、必ずしも福祉サービス等の課題に関連した権限付与が対象となるとは限らない。そうであるのにすべての事案で福祉関係者の意見を聴くことを必須とすることは、過剰であり、全ての事案で本人の生活全般に関する身上配慮義務があるかのような誤解を生じかねない。

また、本人に身近にいる福祉関係者が専門性を有し本人の生活歴や意向等を把握しているとは限らない。また事案によっては、特に福祉サービスを利用していない本人もいるのが現状である。

以上から、福祉関係者の意見を聴くことが望ましいとしても、それを義務化・制度化することまでの必要性・相当性はない。

2 「1 成年後見制度に関する家事審判の手続についての検討等」「(2) 法定後見制度に関する事実の調査及び証拠調べ」について

家庭裁判所が市区町村等に対し、意見を求めることができる旨の規律を設けるとの考え方について、引き続き検討することに賛成である。

意見聴取については、裁判所の健全な裁量に委ねることとすべきである。医師を除き、特定の人や機関の意見聴取を原則とするような規定は一見よいようにも見えるが、かえって実務の足かせとなる可能性もある。したがって、さらに検討し、審理が必要

以上に長期間を要するなどの弊害がないようすべきである。

3 「1 成年後見制度に関する家事審判の手続についての検討等」「(3) 法定後見制度に関する保全処分」について

引き続き検討をすることに賛成する。法定後見制度の見直しに伴い、本人からの意見聴取や個別の権限ごとに必要性和本人同意確認等が必要となることから、審理期間が長期化する場合もあるものと思われる。

その場合に保全処分の活用が、現状よりは多くなる可能性がある。本案の審理が必要以上に長期化しないような方策も必要であるが、保全処分の活用に備えることも必要であると思われる。

保全処分については、財産管理者は現行規定で十分に対応できると考えられる。事件の関係者に対する指示の保全処分については、例えば申立権者が本案の申立人に限定されているなどの要件について緩和することが妥当かについて検討することには賛成する。

4 「2 身体障害により意思疎通が著しく困難である者」について

引き続き検討することに賛成する。

判断能力の不十分であることが成年後見制度利用の前提であるものではあるが、何らかの制度を設けることが必要な分野の一つであることは明らかと思われ、どのような制度設計をすべきかは、広く医学や工学分野の進歩と普及に柔軟に対応できるような制度設計が望まれる。

また何よりも、当事者のニーズや意見を十分に聞くことが求められ、その上で、制度設計については十分な検討が求められる。

以上