

法定後見の開始に関する検討

5 (前注) 法定後見（成年後見、保佐及び補助をいう。以下同じ。）の開始に関する規律の見直しを検討する際には、本人（法定後見制度による保護を受ける者をいう。以下同じ。）がどのような状態にあるときに（要件）、どのような方法により保護するか（効果）という観点から、現行の規律で対応することができないニーズや問題点について検討を進めることが考えられる。そして、要件の検討と効果の検討は相互に関連し、切り離すことが困難である。本部会資料においては、要件、効果の項目の順に記載しており、
10 要件の項目においては、差し当たり、現行の保護の方法である取消権及び代理権を想定して記載している。

1 法定後見の開始に際しての考慮要素（本人の判断能力の程度）

15 法定後見の開始に当たり、精神上的障害により事理を弁識する能力が不十分であることを要件とすることについて、どのように考えるか。

(説明)

1 現行法の規律

(1) 現行法の規定

20 現行法は、法定後見が開始する要件として、「精神上的障害により事理を弁識する能力を欠く常況にある者」（民法第7条）、「精神上的障害により事理を弁識する能力が著しく不十分である者」（同法第11条）又は「精神上的障害により事理を弁識する能力が不十分である者」（同法第15条第1項）と規定しており、精神上的障害により事理を弁識する能力（以下
25 「事理弁識能力」という。）が不十分であることを法定後見の開始の要件としている。

(2) 事理弁識能力等

30 ア 法定後見の開始の要件における事理弁識能力とは、取引の実際にあつて、十分に自己の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に足る能力をいい、知的能力、日常的な事柄を理解する能力及び社会適応能力の3つの概念を全て総合した能力という趣旨であり、認識の内容に従って自己の行動を制御する能力も考慮の対象となり得るものと解されている（以下、事理弁識能力を「判断能力」ということがある。）。弁識の対象となる「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とされている。

イ 精神上の障害とは、身体上の障害を除く全ての精神的障害を含む広義の概念であり、認知症、知的障害、精神障害のほか、事故による脳の損傷に起因する精神的障害等も含まれるとされている。

また、民法の規定上、事理弁識能力を欠く原因として「精神上の障害」を掲げたのは、未成年により判断能力が不十分な者と区別する趣旨である。

(3) 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等

ア 「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」の具体例としては、通常は、日常の買物も自分ですることはできず、誰かに代わってやってもらう必要がある者、ごく日常的な事柄（家族の名前、自分の居場所等）が分からなくなっている者、遷延性意識障害の状態にある者を挙げることができるとされている。なお、成年後見制度の立案担当者によれば、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とは、通常は意思無能力の状態にあることを指すとされている。

イ 「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である者」の具体例としては、日常の買物程度は自分ですることができるが、重要な財産行為は、自分で適切に行うことができず、常に他人の援助を受ける必要がある（誰かに代わってやってもらう必要がある）者を挙げることができるとされている。

ウ 「精神上の障害により事理を弁識する能力が不十分である者」の具体例としては、重要な財産行為について、自分でできるかもしれないが、適切にできるかどうか危惧がある（本人の利益のためには、誰かに代わってやってもらった方がよい）者を挙げることができるとされている。

2 検討の必要性（現行法に対する指摘等）

法定後見制度は、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、保護者（本人の保護を任務として選任される者をいう。以下同じ。）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制度であるとする、法定後見の開始に当たり、判断能力の程度（不十分であること）を考慮する（要件とする）こととなると考えられる。もともと、判断能力が不十分であるとの要件を独立の要件とするのではなく、その位置付けを法定後見による保護をする必要があるか否かの観点からの要件の一要素とすべきである旨の意見がある。

このような意見も踏まえると、法定後見の開始の要件について検討を進めるに当たって、判断能力が不十分であることを開始の要件として維持することとするか、また、その内容や位置付けについて、整理しておく必要があると考えられる。

5

3 検討

(1) 事理弁識能力についての医学的な診断等

前記のとおり、法定後見の開始の要件における事理弁識能力とは、取引の実際にあつて、十分に自己の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に足る能力をいうとされている。この要件の判断は、医学

10

的知見を必要とするものである。
家事事件手続法（平成23年法律第52号。以下「家事法」という。）の規定では、「家庭裁判所は、成年被後見人となるべき者の精神の状況につき鑑定をしなければ、後見開始の審判をすることができない。ただし、明らかにその必要がないと認めるときは、この限りでない。」（同法第119条第1項。保佐開始の審判においても準用（同法第133条）、「家庭裁判所は、被補助人となるべき者の精神の状況につき医師その他適当な者の意見を聴かなければ、補助開始の審判をすることができない。」（同法第138条）としている。

15

現行の実務では、法定後見の開始の審判の申立てをする際に、申立人に対し、本人の事理弁識能力（判断能力）の程度についての診断書の提出を求めている。「成年後見制度における診断書作成の手引 本人情報シート作成の手引」（最高裁判所事務総局家庭局。令和4年10月最終更新版）に掲載された診断書の書式には、医学的診断として、「診断名」、「所見」、「各種検査」、「短期間内に回復する可能性」及び「特記事項」を記載する欄があり、判断能力についての意見として、「契約等の意味・内容を自ら理解し、判断することができる。」、「支援を受けなければ、契約等の意味・内容を自ら理解し、判断することが難しい場合がある。」、「支援を受けなければ、契約等の意味・内容を自ら理解し、判断することができない。」及び「支援を受けても、契約等の意味・内容を自ら理解し、判断することができない。」という選択肢が用意され、意見を記載する欄が設けられたものとなっている。そして、診断書の「支援を受けても、契約等の意味・内容を自ら理解し、判断することができない。」にチェックがされているものを提出する場合には後見開始の申立てがされ、診断書の「支援を受けなければ、契約等の意味・内容を自ら理解し、判断することができない。」にチェックがされているものを提出する場合には保佐開始の申立てがさ

20

25

30

35

れ、診断書の「支援を受けなければ、契約等の意味・内容を自ら理解し、判断することが難しい場合がある。」にチェックがされているものを提出する場合には補助開始の申立てがされているものと思われる。

5 このように現行の規律において、裁判所が法定後見の開始の審判をするには、医学的な診断等を得て、本人の判断能力の程度を判断している。

(2) 医学的な知見に基づく客観的な要件の必要性

10 見直し後の法定後見の保護の内容によるものの、法定後見制度は本人の自己決定を制約する側面があると考えられる。したがって、家庭裁判所が法定後見の開始の裁判をするに当たっては、その濫用を防止するという観点からも、その開始の要件として、客観性を担保する要件が（最低限）必要であると考えられる。

15 そうすると、後記のとおり、法定後見による保護をする必要があるかという要件を検討するとしても、医学的な知見（診断や鑑定）に基づいて判断能力が不十分であることを法的に判断することは、見直し後の法定後見の開始の要件においても必要であると考えられる（判断能力が不十分であることが医学的な知見に基づいて判断されない場合に法定後見制度の利用を認めるのは適当ではないと考えられる。）。

(3) 判断能力の程度を開始の要件とする際の位置付けや判断能力の程度を医学的な診断等のみに基づいて判断することの適否

20 判断能力が不十分であることという要件の位置付けについては、独立の要件とすることが、現行法との連続性の観点で明確であることや法制度として分かりやすいことから、独立の要件とすることが適当であるとも考えられる。

25 他方で、判断能力が不十分であることを法定後見による保護をする必要があるか否かの観点からの要件の一要素とすべきである旨の意見がある。

30 また、判断能力の不十分性の「不十分性」は、対象となる特定の法律行為や事務との関係において、本人を取り巻く状況や環境等も踏まえ、本人が判断（意思決定）することができるかという観点より、判断能力が十分といえるか否かによって定まる相対的なものであるから、本人の判断能力の程度が医学的にどの程度かということのみをもって要件を充足すると考えることはできないという意見がある。

(4) 小括

35 以上を踏まえ、法定後見の開始に当たり、本人の判断能力が不十分であることを要件とすることについて、どのように考えるか。

4 重度の身体障害により意思疎通が著しく困難である者

(1) 現行法の規律

現行法は、重度の身体障害により意思疎通が著しく困難であることを法定後見の開始事由とはしていない。

5 他方で、本人の同意があるような強制の要素が小さい保護の制度について、重度の身体障害者など、意思を形成す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者にも対象を広げることが検討する余地があるのではないかとの意見がある。

(2) 検討

10 身体的な障害を有する者でも、判断能力が不十分であるといえない場合には、単独で有効に法律行為を行うことが可能であり、また、自ら適切な第三者を選任して、当該第三者に法律行為を有効に委任することやその他の者に当該第三者を監督するように委任することもできる。

15 したがって、裁判所が保護者を選任し、その保護者に同意権及び取消権並びに代理権を付与することによって、本人を保護する制度の対象とする必要はないようにも思われる。

成年後見制度の立案段階では、重度の身体障害により意思疎通が著しく困難であり、適切な表示行為をすることができない者を補助類型の対象に含めることの適否についても検討された。

20 しかし、障害者の判断能力の問題と意思表示能力の問題とを区別すべきであること、判断能力が不十分な者の保護のための制度の対象として身体障害者が条文上明記されると身体障害者に対する差別と偏見を助長するおそれ大きいこと、条文上で明確な定義をすることが困難であることなどの意見があり、見送られた。

25 このような経緯を踏まえると、重度の身体障害により意思疎通に著しく困難を有する者について、法定後見制度の対象者とするところについては、当事者においてどの程度のニーズがあるかという点を慎重に確認すべきであると考えられる。

30 以上を踏まえ、重度の身体障害により意思疎通が著しく困難であることを法定後見の開始事由とすることについて、どのように考えるか。

2 法定後見の開始に際しての考慮要素（法定後見による保護が必要であること等）

35 法定後見の開始に当たり、特定の法律行為について法定後見による保護の必要があることを考慮するものとすることや法定後見以外の何らかの支援等があることを考慮するものとするところについて、どのように考えるか。

(説明)

1 現行法の規律

(1) 法定後見による保護が必要であること

5 ア 後見開始の審判及び保佐開始の審判

後見開始の審判については、本人が事理弁識能力を欠く常況にあると認定される以上、財産行為全般について常に他人の援助を受ける必要があるものと認められるので、別途具体的な取消権及び代理権による保護の必要性についての判断を要することなく、後見開始の審判を

10

また、保佐開始の審判については、本人の事理弁識能力が著しく不十分であると認定される以上、民法第13条第1項所定の重要な財産行為について常に他人の援助を受ける必要(同意権の付与の必要)があるものと考えられるので、具体的な同意権及び代理権による保護の必要性についての判断を要することなく、保佐開始の審判をすべきものと解されている。

15

イ 補助開始の審判

補助開始の審判は、同意権の付与の審判又は代理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)。そして、同意権の付与の審判又は代理権の付与の審判においては、個別具体的な事案において、特定の法律行為について、補助人の同意を得ることを要するとすべき保護の必要性又は補助人が被補助人に代わって特定の法律行為をすることを認めるべき保護の必要性が認められることが、各審判の実体的要件であるとされている。

20

25

したがって、補助開始の審判においては、同意権又は代理権による具体的な保護の必要性の判断を必要としているといえる。

(2) 法定後見以外の他の支援等があることを考慮すること

現行法上、法定後見を開始するに当たり、一般的な要件として、法定後見以外の他の支援等があることを考慮する仕組みは採られていない。

30

例えば、保佐開始の審判については、平成11年の改正前において、本人が不動産収入によって生活をまかなっており、事業経営その他大金を動かすような経済活動をしていないことや、親族と同居し日常生活に特に不自由がないこと等を考慮して保佐開始の申立てを却下した裁判例(東京高裁平成3年5月31日決定・家庭裁判月報44巻9号69頁)があったが、成年後見制度の立案担当者は、保佐開始の審判により開始される保佐の事務の遂行に当たっては、本人の心身の状態及び生活の状況に

35

配慮することが求められており、本人の財産の多寡や、同意権及び代理権を有しない親族が事実上保護を行っていることによって保護の必要性は否定されないというべきであり、審判の裁量性を認めるべきではないと解される旨説明している。

5 なお、任意後見契約に関する法律第4条第1項第2号及び第10条第1項では、任意後見契約が登記されている場合において、「本人の利益のため特に必要があると認めるとき」に限って法定後見を継続し、又は、開始することができるとしており、任意後見契約による保護を優先している。

10

2 検討の必要性（現行法に対する指摘等）

15 法定後見制度（特に、後見の制度及び保佐の制度）については、制度利用の動機となった課題が解決したと考えられる場合でも、判断能力が回復しない限り制度の利用が継続することや、本人の判断能力の程度を基準として保護者に付与された法定の権限（代理権や取消権、同意権）が本人にとって実際に必要となる範囲を超えている場合があることが問題であるとの指摘がされており、これらを理由として、制度が硬直的で使いにくいといわれている。そして、このような問題意識を踏まえ、本人が適切な時機に必要な範囲及び期間で制度を利用することができるようにするために、法定後見の開始に当たり、法定後見による保護が必要であることを個別に考慮するものとすることを求める意見がある。

20

25 また、成年後見制度について、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及び期間で利用することができるようにすべきとの指摘があり、本人の判断能力が不十分な場合であっても、法定後見以外の他の支援等によって法定後見による取消権（同意権）や代理権による保護をするまでもないときは、これらを優先するべきであるとして、法定後見を開始しないものとする考え方があり（「補充性」という用語を用いて説明されることがある。）。

30

30 なお、障害者権利委員会の勧告では、「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、法律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。」とされている。

35

3 法定後見による保護が必要であること

(1) 判断能力が不十分であることと法定後見による保護の必要性

ア 後見の制度及び保佐の制度では、判断能力が不十分であることの認定の他に個別具体的な保護の必要性の認定を不要とし、両者の認定が一致すると考えられている。

5 これは、後見の制度でいえば、事理弁識能力を欠く常況にある者は、精神上の障害の程度が判断能力の喪失、欠如に至っている状態、意思無能力の状態を指すと解されており、本人がした法律行為が無効となるおそれがあるといえることから、その範囲で当然に取消しという方法によって保護を開始する必要がある、また、財産の管理についても本人が適切に行うことが困難であることから、第三者が本人の財産を管理し、財産に関する法律行為を代理することによって保護する必要があると考えられたものと解される。

10 このように判断能力が不十分であることの認定と保護の必要性の認定とが一致することによって、個別に保護の必要性を認定することなく、保護を開始することができるという点では、保護開始の判断を迅速にすることが可能であるとも思われる。

イ 他方で、現行法においても、補助の開始に当たっては、同意権又は代理権による具体的な保護の必要性の判断をしている。

20 後見の制度や保佐の制度が、それらの開始に当たり特定の行為や事項との関係で保護が必要であることを個別に考慮する仕組みとなっておらず、特に後見の制度において、いったん後見開始の審判がされると、本人のした財産上の法律行為は日常生活に関するものを除いて取り消すことができるものとなり、成年後見人は本人に関する全ての財産上の法律行為について代理権を有するという一律の取扱いがされることは、制度が硬直的であって使いにくく、ニーズに合っていないなどと指摘される一因となっていると考えられる。

25 そうすると、本人にとって適切な時機に必要な範囲及び期間で法定後見制度を利用することができるようにするという観点からは、補助の制度の開始の要件を参考に、事理弁識能力を欠く常況にある者や事理弁識能力が著しく不十分である者に該当し得る場合であっても、法定後見の開始に当たって、判断能力が不十分であることの要件の他に法定後見による個別の保護の必要性を考慮要素とすることを検討することが考えられる。

30 ウ 第1回会議で意見が出されたように、この検討事項の検討を進めるに当たって、法定後見制度をどのような制度であるものとするのか、対象者にどのような者を想定するのかという視点からも検討することが必要であるように思われる。

禁治産や準禁治産の制度は、判断能力の不完全な者の財産を保護し、分別なく喪失しないようにしようとする制度と考えられており、一定程度の財産を有する者が想定されていたと考えられ、成年後見制度の検討において、その想定が大きく変更されていたとまではいえな

5

ように思われる。
他方で、例えば、近時の成年後見関係事件の概況に照らせば、本人や市区町村長による申立てが増加傾向にあり、申立ての動機としても、預貯金等の管理・解約に次いで身上保護、介護保険契約が挙げられる傾向があることが窺われることから、今日では、法定後見制度は本人の所有する財産の多寡を問うことなく利用されているものと考えられる（も

10

っとも、一定の財産を有している者が、判断能力が不十分であることを理由に財産を不当に失わないようにするという利用に対する役割が失われるものではないと思われる。）。

15

(2) 法定後見による保護が必要であることの具体的内容等

20

法定後見による具体的な保護の必要があることを考慮する場合には、その内容としてどのようなものが想定されるのかについても検討する必要があると考えられる。

ア 本人のした特定の法律行為又は本人が保護者の同意を得ないでした特定の法律行為を取り消すことができるものとする必要があること

25

の具体的な内容としては、本人の行うであろう特定の法律行為（その特定の仕方については幅があると思われる。）について取り消すことができるという観点から判断することが考えられる。
なお、行為能力制限による取消しについては、本人が取消権を行使する場合にあっては、法律行為を事後的に見直す機会を持つという意味

30

があることや、同意権は第三者の判断によって本人の判断能力を補完するという意味があることから、このような観点にも留意して、保護の必要性を判断することになると思われる。

35

イ 保護者に代理権を付与する必要性とは、特定の法律行為について保護者に代理されることが必要であることをいうと考えられ、その具体的な内容としては、特定の法律行為をするという観点と、当該法律行為について保護者が代理するという観点から判断することが考えられる。

特定の法律行為をするという観点からは、特定の法律行為の実施について検討する必要があること（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こと）がその内容として考えられる。また、当該法律行為について保護者が代理するという観点からは、本人が当該法律行為を自らすることや、委任して第三者によってすることができず、法定後見において第三者に必要な権限を付与する必要があることがその内容として考えられる。

ウ 財産管理の必要性に関して、後見の制度のように本人の財産を包括的に管理する規律を前提とすると、個別の財産（既にある財産や特定の法律行為によって得られた財産）の管理についての必要性を判断するという枠組みを用いることは整合性がないようにも思われる。

また、保佐人又は補助人も、代理権の付与の審判がされた場合には、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ものと解されており、基本的には代理権による保護の必要性の判断によって、それに付随する財産管理の必要性も判断がされると考えることになると思われる。

なお、第1回会議では、実務的には高齢者や認知症の方が預貯金の取引をすることができず生活が困難となることがあるとの意見が出された。このような課題について法定後見制度でどのように対応するかは今後の検討事項であるが、その検討をするに当たって、例えば、保護者に特定の預貯金口座の取引の代理権が付与されることを考える際には、当該保護者がどのような財産管理権を有することとなるのか、その際の財産管理の必要性をどのように考えるかなどについても、整理をする必要があるように思われる。

エ また、代理権による保護の必要性がどの時点でなくなったといえるかについて、例えば、本人が施設に入所する契約のような継続的契約について、その履行状況を確認することが当該契約の代理権に伴う管理として必要であると考えれば、結局、継続的契約の代理権の必要性は当該契約が終了するまでなくなることはないことになると思われる。このような点も踏まえて、個別具体的な代理権による保護の必要性を整理する必要があるように思われる。

(3) 小括

以上を踏まえ、法定後見による保護が必要であることの具体的内容やその考慮要素等について、どのように考えるか。

4 法定後見以外の支援等があること

(1) 法定後見以外の支援等があることを考慮することの内容

ア 本人の判断能力が不十分な場合にも、法定後見以外の支援等があることにより本人に必要な法律行為を有効にすることができる状況にあるといえる場合には、これを優先して法定後見を開始しないものとするべきであると意見がある。

この意見は、法定後見制度が本人に対する制約があるものであるとの前提の上で、本人に対する制約の少ない支援等を利用することができる場合には、これを優先することが本人の自己決定等を尊重することになることを理由にするものと思われる。

イ この点についての検討を進めるに当たっては、法定後見に優先するとされる他の支援等として具体的にどのようなものが想定されているのかを整理する必要があると考えられる。例えば、本人の不動産や金銭（預金）などの管理を実現する方法としては、任意後見のほか、委任による任意代理、委託、寄託、信託等が考えられる。

また、親族等による事実上の支援も考えられる。例えば、本人が契約等の法律行為をする際に、その場に付き添って契約の内容を本人に説明するなどして、それによって本人が契約の内容を理解し、判断することができるような支援がされていることが考えられる。そのような場合には、本人の判断能力は、当該契約をするために不十分なものとはいえず、当該契約等との関係において、法定後見を開始する必要はないと考えることができるようにも思われる。もっとも、第1回会議では、このような家族等による事実上の支援の法的な位置付けの整理が必要ではないかとの意見も出された。他方で、「事実上の支援」として、親族等が本人から有効な授權もないのに本人を代理しているような場合には、これにより本人の生活に支障が生じていないとしても、それを法的に積極的に評価することは困難なように思われる。

なお、成年後見制度の立案段階における検討では、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のことであると考えられており、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た。

(2) 法定後見以外の支援等があることを考慮する方法

法定後見以外の支援等があることを考慮するとしても、本人が既にそ

のような支援等を受けていて、それが法定後見の開始に係る審理の過程で明らかになっている場合には、その存在は、本人について法定後見による保護の必要があることを判断するに当たって考慮され得るものとも考えられる。

5 他方で、法定後見の開始に係る審理の時点において、そのような支援等を受けていない場合には、家庭裁判所が、法定後見以外のあらゆる支援等を想定して調査をすることが現実的かという点や、特定の支援等を受けること（特定のサービスを利用すること）ができることを理由として申立てを却下することが本人の保護との関係で相当かという点については、
10 慎重な検討を要すると考えられる。

(3) 小括

以上を踏まえ、本人の判断能力が不十分であっても法定後見以外の支援等があることを考慮して、法定後見を開始しないものとする点について、どのように考えるか。

15

3 法定後見の開始に際しての考慮要素（本人の同意等）

法定後見の開始に当たり、本人の請求又は同意を要件とすることについて、どのように考えるか。

20 (説明)

1 現行法の規律等

(1) 本人の同意等を要件とする審判

例えば、保佐人に代理権を付与する審判、補助開始の審判、補助人に代理権を付与する審判及び補助人に同意権を付与する審判は、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2項、第17条第2項、第876条の4第2項及び第876条の9第2項）。

本人以外の者によって請求がされたものの、本人の同意が得られない場合には、審判開始又は代理権若しくは同意権の付与の申立ては理由がないものとされる（本人が補助開始に同意しない以上、仮に本人の財産管理に関して兄弟姉妹が危惧するような事情があるとしても補助開始の申立ては理由がないとした裁判例（札幌高裁平成13年5月30日決定・家庭裁判月報53巻11号112頁）がある。）。

(2) 本人の同意等を要件としない審判

35 例えば、後見開始の審判、保佐開始の審判及び保佐人の同意を得なければならない行為の定められた審判では、本人の同意は要件とされていない（民

法第7条、第11条及び第13条第2項)。

5 もっとも、本人以外の者による申立てにより、これらの審判をする場合には、家庭裁判所は本人の陳述を聴かなければならない(ただし、後見開始の審判については、本人の心身の障害によりその者の陳述を聴くことができないときは、除かれている。)(家事法第120条第1項第1号、第130条第1項第1号及び第2号)。

2 検討の必要性(現行法に対する指摘等)

10 法定後見制度の問題点として、成年後見人の取消権や代理権の範囲が広すぎ、本人にとって必要な限度を超えて、本人の自己決定を制約しているとの指摘がある。他方で、平成11年の改正の際には、本人の自己決定の尊重の観点から、例えば、補助開始の審判をするには、本人の請求又は同意(以下「同意等」という。)のあることを要件としていることを踏まえ、法定後見の開始に当たり、本人の自己決定を尊重する観点から、本人の同意等を要件とするについて、検討することが考えられる。

3 検討

(1) 本人の自己決定の尊重

20 法定後見制度の問題点として、必要な範囲を超えて本人の自己決定権が制約されている場合があるとの指摘がある(第1回会議では本人は在宅での生活を希望しているが、成年後見人が施設入所の契約をするなどの例が挙げられた。)。現行の補助開始の審判をする場合に本人の自己決定を尊重する観点から本人の同意等を要件としていることを参考にする
25 と、上記の指摘に関して、法定後見開始の審判をする場合に本人の同意等を要件とすることにより、本人の自己決定の尊重を図ることが考えられる。

(2) 法定後見制度によって保護をする必要があることとの関係

30 補助の制度では、本人が自己の意思(本人の同意等)により同意権や代理権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、補助人に同意権や取消権を付与することとしたものと解されている。

35 このような理解を前提としつつ、例えば、補助人に対する代理権の付与の審判に関して、本人の同意等により、申立ての対象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、特段の事情のない限り申立ての対象行為について代理権による保護の必要性の存在を認めることができる場合が多いとも考えられる。なお、補助人に対す

る同意権（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、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も考えられる。

このように、本人の同意等があることが、当該事案において法定後見による保護をする必要があることを支える事情とみることもできるように思われる。

もともと、法定後見による保護をする必要があるか否かは、本人の同意等があるか否かという本人の主観的な要素によってのみ基礎付けられるものではなく、本人を取り巻く客観的な要素から基礎付けることができるとも考えられる（更にいえば、本人の同意等という主観的な要素によって保護の必要性を考えるべきではないとの考え方もあると思われる。）。

(3) 本人による同意があるとの評価の考え方

補助の制度においては、本人は判断能力が不十分であるものの類型的には意思能力を有する者であることから、有効に同意等を行うことが可能であるといえる。また、保佐の制度において、代理権の付与についてのみ本人（被保佐人）の同意を要求しているが、特定の法律行為について他人に任せてよいかどうかについては、本人（被保佐人）にも判断できると考えられたと解されている。

そうすると、例えば、本人が特定の法律行為について他人に任せてよいかどうかであっても判断をすることができないような場合（例えば、本人が遷延性意識障害や重度の意識混濁状態にある場合や、知的障害や認知症の程度が最重度であり意思無能力状態にある場合には、そのようなケースも多くなると考えられる。）には、本人の自己決定に基づく同意があるとは法的に評価することができないと考えられる。

また、法定後見を開始することや法定後見による保護が必要であることに関する本人の意思、意向の表明としては、これに明らかに反対する場合、意に反するとはいえないものの納得してはいない場合、反対も賛成もしていない場合、明確に定まらない場合（本人の状態によって同意の有無が二転三転する場合）など様々な態様があり得る。

このように、実際に、どのような場合に本人の同意があると評価することができるかについて、更に整理を要するようにも思われる。

(4) 本人の同意があるといえない場合

本人以外の者の請求により法定後見を開始するに当たり、本人の同意を実体的要件と解する場合には、同意があると認められないときは、法定

後見による保護を開始することはできないこととなる。しかし、どれだけ支援を尽くしても、本人が自らの財産を管理し、法律行為の意味内容を理解して判断することが難しく、かつ、特定の法律行為について他人に任せてよいかどうかを判断することができない場合もあると考えられる。特に、本人の生命、身体、財産に大きな危険が及ぶようなときにまで、本人の同意が認められない限り、法定後見を開始することができないものとするとは、判断能力の不十分な者を保護するという法定後見制度の趣旨に照らしても問題があると考えられる。

(5) 小括

以上を踏まえ、法定後見の開始に当たり本人の請求又は同意を要件とすることについて、どのように考えるか。

4 法定後見の開始の効果に関する事項（取消権及び同意権）

法定後見が開始したことによって、本人や保護者に取消権や同意権を付与することによる保護の方法について、どのように考えるか。

(説明)

1 現行法の規律

(1) 取消権及び同意権

ア 後見の制度では、本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）。

イ 保佐の制度では、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（同条第4項）。

ウ 補助の制度では、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（民法第17条第1項）。なお、同意権の付与の対象となる法律行為は、同法第13条第1項に定める行為の一部に限られる（同法第17条第1項ただし書）。

また、同意権の付与の審判をするには、本人の同意等が必要である（民法第17条第3項）。

(2) 取消権者

各制度における取消権者は、制限行為能力者（成年被後見人、被保佐人

及び同意権の付与の審判を受けた被補助人)、その法定代理人(成年後見人)及び同意権者(保佐人及び補助人)である(民法第120条第1項)。

すなわち、制限行為能力者も、自己がした取り消すことができる行為は、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。

2 検討の必要性(現行法に対する指摘等)

法定後見制度における取消権については、成年後見人、保佐人又は補助人(以下「成年後見人等」という。)がそれを行行使することができるとする規律を前提として、本人に精神上的障害があることを原因として、単独で確定的に有効な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ものであり、一般的には、本人の行為能力を制限するものと理解されている(民法の規定では、「制限行為能力者」として、成年被後見人、被保佐人及び民法第17条第1項の審判を受けた被補助人が掲げられている(同法第13条第1項第10号)。)。そして、その観点から、本人の自己決定権を必要な範囲を超えて制約する性質を有するものであることを懸念する意見がある。

また、仮に取消権及び同意権の範囲が本人にとって必要な範囲であるとしても、成年後見人等による取消権又は同意権の行使の在り方によっては、本人の自己決定が必要以上に制約される場合があるとの意見もある。

さらに、障害者権利委員会の勧告では、「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、法律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。」とされている。

3 取消権及び同意権に関する規律

(1) 取消権及び同意権を付与する制度の趣旨

現行の法定後見制度は、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、現行制度は、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いえる。

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。また、一般に、契約当時における意思能力の欠如の立証は、実際には困難である事例も少なくないと考えられること等も踏まえると、意思無能力による無効の規律に比べて、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る。

このような観点からすれば、現行の法定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。

(2) 本人の同意等

ア 補助の制度においては、補助人に同意権を付与することができるが、本人の同意等を要件としていること（自ら単独で有効な法律行為をすることができないという制約を希望していること）や具体的に必要な範囲で同意権の付与の審判がされること、本人において同意権による保護の必要性がなくなったと考える場合には同意権を付与する審判の取消しを請求することができることを理由に、本人の自己決定権を必要以上に制約するものではないと考えることもできると思われる（なお、法定後見制度の類型をどのようにするかは検討事項である。）。

イ 後見及び保佐の制度においては、補助の制度と同様に本人の同意等がある場合に同意権の付与や取消権の付与をすることとすると、本人の自己決定権を必要以上に制約するものではないと考えることが可能であると思われる。

もともと、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。例えば、本人が見過ごすことのできない重大な不利益となる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本人の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ことや、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。このような事態は本人保護の実効性等に照らして相当ではないとも考えられる。

(3) 後見の制度において同意権を付与する仕組みの可能性

5 現行法の規定では、後見の制度において、後見人に同意権を付与する規定はない。そして、本人が後見人の同意を得てした法律行為は、一般的には、取り消すことができるかと解されている。これは、後見の制度の本人が意思能力を欠くことが普通の状態であり、同意どおりの行為がされることを期待し難く、また、本人のした法律行為を取り消せないとする、後見人の同意の有無をめぐる争いが生じかねず、本人と相手方の双方の法的地位を不安定にし、制限行為能力者制度の趣旨に反すること等が理由として挙げられる。

10 他方で、本人が後見人の同意を得た上で、同意どおりに法律行為をしたのであれば、これを取り消すことができるものとしなくても本人を不当に害することにはならないとも考えられる。そのように考えるのであれば、後見の制度においても、同意権による保護を用いることが可能であるとも考えられる。

(4) 小括

15 以上を踏まえ、法定後見の開始によって、取消権や同意権を付与する規律について、どのように考えるか。

20

4 取消権者（取消権の行使）に関する規律

(1) 現行の規律の意義

25 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、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たと理解することができる。

(2) 取消権者

30 ア 本人が取消権を行使することができるものとするのは、本人の自己決定の尊重の観点から問題は生ずるものではないと考えられる。

35 イ 本人が取消権を行使することができることを前提として、本人のみが取消権を行使することができるものとする（取消権の前提として同意権を付与する仕組みにおいては、保護者に同意権のみを与え、取消権を付与しないものとする）もあり得る（なお、取消権の代理行使を授けられた第三者が代理権を行使することはできる。）。)

取消権を持たない保護者は、本人が取消権を行使することを支援し、助言する役としての役割を担うことになると考えられ、本人の意思を尊重するとも考えられる。もっとも、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ない。この点については、準禁治産の制度では、本人のみが取消権を有し、保佐人には同意権のみが認められていたが、保佐の実効性について疑問が投げられたため、保佐の制度では、保佐人にも取消権を認める制度となったことを踏まえて検討する必要があると考えられる。また、本人に被害の認識がなくても、客観的に権利侵害が明らかな場合には、その回復支援の一つとして、第三者による取消権の行使が必要な場合があると考えられる。

さらに、現行の規律は、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（民法第20条）こと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。

(3) 取消権の行使

保護者が本人の意向に沿わない形で取消権を行使することにより、本人の自己決定が生かされないという点に関しては、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ることや、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することも考えられる。

しかし、このような規律に関しては、保護者に本人の意思の確認を義務付けたとしても、当該義務に反してされた取消しの効力を否定することは、取引の安全に与える影響等も考慮すると困難であるとも考えられることから、取消権の謙抑的な行使を担保する規律としては機能しない可能性や本人の意思確認を義務付けることは取消権行使の機動性を損なう可能性があるようにも思われる。

(4) 小括

以上を踏まえ、法定後見制度における取消権者及び取消権の行使に関する規律について、どのように考えるか。

5 取消権に関する規律の見直しに当たって本人保護の方策等として検討すべき事項

(1) 意思無能力無効

ア 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、無効となる（民法第3条の2）。

もともと、民法が意思能力制度とは別に行為能力制度を設けた趣旨は、意思無能力による無効について、本人の保護という観点からは、過去の
5 5 ある時点における判断能力の程度を明らかにすることは容易ではなく意思無能力の立証が困難であることや、本人の意思無能力状態が継続する場合には、法律行為の無効を適切に主張し、その結果を実現できる者がいないことがあり得ることなどが懸念され、相手方の保護や取引の安全という観点からは、相手方は、意思無能力者側の意思によって法律関係を左右される不確定な状態に置かれることが懸念されること
10 10 があると考えられる。このような行為能力制度が担保してきた本人及び相手方の保護や取引の安全を損なうことにならないように、本人のした法律行為に基づいて形成される法律関係の法的安定性が制度的に担保される必要があると考えられる（意思無能力により無効となるリスクを懸念することなく取引ができることは、本人の自己決定に基づく法律関係の形成を結果的に促進することにもなると考えられる。）。
15 15 イ また、第1回会議において「意思決定支援」についての言及があったところであり、意思無能力による保護を考えるに当たっては、「意思決定支援」との関係についても整理する必要があると考えられる。

20 (2) 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、無経験などにつけ込んで、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、
25 25 無効となる可能性がある。

なお、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検討する必要があると考えられる。

30 (3) 消費者保護法制による保護

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（昭和51年法律第57号）に基づくクーリング・オフ（同法第9条第1項等）、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項等）、過量販売についての解除等（同法第9条の2第1項等）、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、
35 35 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項から第

4項まで)などが考えられる。

このような消費者保護法制によって判断能力が低下している本人が事業者と不本意な契約をした場合に救済を図ることができる場合があるが、他方で、第1回会議でも、相手方が事業者でない場合など消費者保護法制による保護は難しいと考えられる場面もあるとの指摘がされているところである。

(4) 小括

取消権に関する規律の見直しに当たって本人保護の方策等として検討すべきこれらの事項について、どのように考えるか。また、そのほかに検討しておくべき事項はあるか。

5 法定後見の開始の効果に関する事項（代理権・財産管理権）

法定後見が開始したことによって、保護者に代理権を付与することによる保護の方法について、どのように考えるか。

(説明)

1 現行法の規律

(1) 代理権の制度

法定後見制度では、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が本人を代理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) 後見、保佐及び補助の各制度における代理権及び財産管理権

ア 後見の制度では、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条第1項）。

保佐及び補助の制度では、保佐人及び補助人は、選任されただけで当然に代理権を有するものではなく、申立て（本人以外の申立ての場合は本人の同意が必要）により、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項及び第2項並びに第876条の9）。

なお、代理権を付与する具体的な保護の必要性が失われた場合には、家庭裁判所は、本人などの請求によって、代理権を付与する審判を取り消すことができる（民法第876条の4第3項及び第876条の9第2項）。

イ 成年後見人は、包括的な財産管理権を有する（民法第859条第1項）。

ここでいう財産の管理とは、財産の保存又は維持及び財産の性質を変更しない利用、改良を目的とする行為並びに処分行為をいうとされている。

5 また、保佐人又は補助人は、財産管理に関する法律行為の代理権の付与の審判がされた場合には、その代理権の範囲において、本人の財産を管理する権限を有するものと解されている。

2 検討の必要性（現行法に対する指摘等）

10 成年後見人の代理権については、成年後見人に常に包括的な代理権が付与されるという保護の在り方が過剰であり、本人の自己決定権を必要な範囲を超えて制約するものであるとの意見がある。また、代理権の範囲が本人にとって必要な範囲であるとしても、代理権行使の在り方によっては、本人の自己決定権に対する制約となり得るものであるとの意見もある。

15 さらに、障害者権利委員会の勧告では、「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、法律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。」とされている。

3 検討

20 (1) 代理権の機能等

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おり、法定後見制度では、代理権並びに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（なお、一般的には、任意代理は私的自治の拡張の制度であり、法定代理は私的自治の補充の制度であると説明される。）。
25

したがって、法定後見制度における代理権は、保護者が法律行為を代理することによる保護の在り方であると考えられる。

30 なお、保護者に代理権の付与がされた場合でも本人も意思能力があるときは、単独で有効に行為をすることができることから、本人及び保護者のそれぞれが単独で有効に法律行為をすることができる（もつとも、本人や保護者に取消権を付与する場合には、本人のした法律行為は確定的に有効とはならず、これを取り消すことができることとなる。）。
35

(2) 法定代理制度の保護者が代理権を有する趣旨

ア 単独で有効に第三者に代理権の授与をすることができる場合には、
本人が第三者を代理人に選任し、代理権を授与すること（いわゆる任意代理）により、本人のために法律行為をする第三者を設定することは可

能である。そして、任意代理においては、本人が、自ら代理人を選任し、監督する。

もともと、本人の判断能力が不十分なときには、第三者に代理権を授与した当時の意思能力の有無が事後的に争われて法律関係が不安定になる可能性がある。また、第三者に代理権を授与した後に本人の判断能力が低下したときには自ら選任した代理人を監督し続けることが困難な場合があると考えられる。

イ 禁治産の制度及び準禁治産の制度では、禁治産者に付される後見人のみが代理権を有し、準禁治産者に付される保佐人は代理権を有していなかったが、平成11年の改正の際に、保佐人が同意権を有するのみで、取消権及び代理権が付与されておらず、本人保護の実効性に欠けるとして、本人の同意等を要件として保佐人に代理権を付与することができるものとされた。

また、平成11年の改正の際に、補助の制度の対象となり得るような者のうち、例えば、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、裁判所によって代理人を選任及び監督をしてほしいというニーズがあることから、このような場合に法定代理権を認めるのが相当であるなどとして、本人の同意等を要件として補助人に代理権を付与することができるものとされた。

ウ 成年後見関係事件の主な申立ての動機として、預貯金等の管理・解約、介護保険の契約、不動産の処分、相続手続などが挙げられている。これらの場面で判断能力の低下によって本人が法律行為をすることができない場合（特に、遷延性意識障害のような事例、重度の意識混濁という状態にある事例や最重度の知的障害者や認知症高齢者の事例など、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があるとも考えられる。）には、法定後見制度において代理権を付与された保護者によって法律行為がされなければ、本人に支障を来すこともあるように思われる。

エ また、代理人が能動的（積極的）に法律行為をする場面だけではなく、相手方から、本人のためにする意思表示を受領する権限を有し、法定代理人を受領した場合には本人に対してその効力を生ずる（民法99条第2項において準用する同条第1項）という、受動的（消極的）に代理をする場面がある。

なお、後見の制度に関しては、意思表示の相手方が意思表示を受けた時に成年被後見人であったときは、その意思表示をもって成年被後見人に対抗することができない（ただし、成年後見人又は後見開始の審判

の取消しがされた後に成年被後見人であった者がその意思表示を知った後は対抗することができる。)とされている(民法第98条の2)。

このように現行法では、包括的な代理権を有する法定代理人が存在していることによって、本人に対して法律行為をしようとする者は、法定代理人に意思表示を受領させることによって、安定的に法律行為を

5

(3) 本人の同意等や代理権の範囲

ア 保佐及び補助の制度においては、保佐人又は補助人に代理権を付与することができるが、本人の同意等を要件としていることや具体的に

10

必要な範囲で代理権の付与の審判がされること、本人において代理権による保護の必要性がなくなつたと考える場合には代理権を付与する審判の取消しを請求することができることを理由に、本人の自己決定権を必要以上に制約するものではないと考えることができると思われ

15

る。
イ 後見の制度においては、保佐や補助の制度と同様に本人の同意等がある場合に代理権を付与することとすると、本人の自己決定権を必要以上に制約するものではないと考えることが可能であると思われる。

20

もつとも、後見の制度の本人は、通常は意思無能力の状態にあることからすると、このような同意等を行うことができるのか、同意等を行うことができない場合についてどのように考えるのかについても検討する必要があるように思われる(保佐の制度においては、特定の法律行為について他人に任せてよいかどうかについては、本人(被保佐人)にも判断できると考えられたことから、本人の同意等が要件とされている。)

25

(4) 小括

以上を踏まえ、法定後見の開始によって、開始の効果としての財産管理権や代理権を付与する規律について、どのように考えるか。