

## 法定後見制度の開始に関する検討（二読）

## 第1 法定後見の開始に関する考慮要素

## 5 1 本人の判断能力の程度

法定後見制度の開始に当たっては、本人の判断能力の程度を考慮する必要があると考えられるものの、この判断能力の内容については、法律行為一般に関する抽象的な判断能力とする意見のほかに、例えば、個別の法律行為に関する具体的な判断能力とすべきとの意見があり、また、その位置付けについて、独立の要件とする意見のほかに、例えば、個別の必要性に基づく保護の制度とすることを前提にその必要性の考慮要素と考えるべきであるという意見がある。

以上を踏まえ、法定後見の開始に当たり考慮すべき本人の判断能力の内容とその位置付けについて、どのように考えるか。

15

(説明)

## 1 問題の所在

法定後見の開始に当たり、医学的な知見（診断や鑑定）に基づいて本人の判断能力が不十分であることを法的に判断することについては、家庭裁判所の判断の客観性を基礎付けるものとして、見直し後においても必要であると考えられる。

その上で、法定後見の開始に当たり考慮する本人の判断能力について、例えば、不動産の取引についての利害得失を判断することが困難であるから不動産処分の権限を保護者に与えるというように個別の事項との関係で判定することとすべきとの意見があった。また、法定後見の開始に当たっての本人の判断能力の位置付けについても、独立の要件とする意見がある一方で、個別の必要性に基づいて保護者に権限を付与する仕組みにおいて必要性の考慮要素とする意見があった。

そこで、これらの点について、検討をする必要があると考えられる。

30

## 2 法定後見の開始において考慮する本人の判断能力

## (1) 総論

法定後見の開始において、法律行為一般に関する抽象的な判断能力を基準とするか、個別の事項に関する具体的な判断能力を基準とするかと

いう点について、民法は、行為能力概念の下で前者の考え方を採用し、本人の保護を図ることとしている。そこで、まずは行為能力制度の趣旨等を概観した上で、法定後見の開始に当たり考慮する本人の判断能力の内容を検討する。

5 (2) 行為能力、事理弁識能力及び意思能力

行為能力とは、「単独で確定的に有効な法律行為をする能力」である。現行法は、事理を弁識する能力（以下「事理弁識能力」という。）の程度によって後見、保佐及び補助の制度を設けることで、各制度の対象者の行為能力の制限を定めている（民法第7条、第11条、第15条）。事理弁識能力とは、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されている。これに対し、意思能力は、その意義については様々な考え方があるものの、成年後見制度の立案担当者によれば、法律行為を行った結果（法律行為に基づく権利義務の変動）を理解するに足る精神能力をいうと説明されている。

10  
15  
20  
このような理解の下では、意思能力が個々の法律行為の性質及び行為時における各人の具体的な判断能力に着眼するものであるのに対して、事理弁識能力は、法律行為一般についての抽象的な判断能力に着眼するものと理解することができ、両者は異なる概念であると整理することができる。もっとも、このような整理の下でも、事理弁識能力を欠如した状況は、意思無能力と同義であると考えられることは可能であり、現行の成年後見制度はそのような理解に基づいて立案されている。

25  
30  
35  
そうすると、事理弁識能力を欠く常況にあるとして後見開始の審判を受けた本人は、時に、また、ある種類の行為についてだけは意思能力を認められるというようなことがあり得るとしても、あらゆる種類の行為につき意思能力を欠くことが通常であると考えることが合理的であるとも考えられる。

(3) 行為能力制度

30  
行為能力制度は、意思無能力者を適切に保護しようとするためのものと説明されている。

すなわち、本人が意思表示をした時に意思能力を有しなかったときは、法律行為は無効となるものとされており（民法第3条の2）、これは意思無能力者を保護するための規律であると解される。もっとも、意思能力のないために法律効果を生じないことを主張するためには、行為者がその行為をした時には意思能力のなかったことを自ら証明しなければならず、

これは必ずしも容易ではないと考えられる。そこで、民法上、一定の範囲に属する者を予め制限行為能力者とした上で、それらの者の行為は、法定される範囲において、常に（すなわち、当該の場合に意思能力が無かったかどうかを問題とせずに）取り消すことができることとしたのが行為能力制度であるといえる。

また、意思能力は、法律関係を自律的に形成するための意思表示や法律行為に内在的な要素であるが、意思能力を欠く者のした法律行為を無効とするにとどまり、意思無能力者にとって必要な法律行為をいかに実現するか、という問題には対応していない。これに対して、行為能力制度は、本人の法律行為に保護機関が関与してそれを実現する、という積極的保護を付与するものである。すなわち、本人が自ら法律行為をすることができるという原則を修正して、保護機関がその同意権や代理権によって本人のなすべき法律行為に関与できるようにしたという意義を持つと説明されることがある。

#### (4) 事理弁識能力に関する医学的な診断等

##### ア 法定後見の開始における医学的な診断

家事事件手続法（平成23年法律第52号。以下「家事法」という。）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））としている。ここでいう「鑑定」とは、家事法第64条で引用される民事訴訟法所定の厳格な証明としての鑑定（特別の学識経験を有する第三者に、専門の学識経験に基づいて、法規、慣習、経験法則など、及びそれらを適用して得た判断の結果を裁判所に報告させ、裁判官の知識を補充して判断を可能にするための証拠調べ）であり、医師等の専門家によってされることが想定されていると思われる。「明らかにその必要がないと認めるとき」とは、申立人等が提出している診断書等から成年被後見人となるべき者が事理弁識能力を欠く常況にあることが明らかなきをいうと解されている。

また、家事法は、「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。

以上のとおり、現行法では、法定後見の開始についての判断は、医学的な診断を基礎に行う必要があると解されている。

## イ 事理弁識能力に関する判断の構造

事理弁識能力を判断するに当たっては、まず、生物学的要素として、「精神上の障害」があるかどうかを判断し、「精神上の障害」があるとなればその種類、程度に関する判断をするものと解され、これは、主として専門家による医学的な診断であると考えられる。そして、次に、心理学的要素として、障害により事理弁識能力が低下しているかを判断し、低下しているとなればその程度に関する判断をするものと解され、これは、医学的診断を基にされる法的判断であると考えられる。なお、実務上、鑑定を行う医師は、医学的診断とともに本人の事理弁識能力の程度について意見を述べるが、これは、裁判所が本人の事理弁識能力の有無・程度について判断をするための参考となるものであると考えられている。

### (5) 具体的な法律行為について医学的な診断を求めること

第2回会議では、代理権の対象となる具体的な法律行為について自ら判断する能力があるかどうかを医学的な見地から診断書を提出することが望ましいという意見があった。

これは、医師に対し、法律行為一般に関する抽象的な能力ではなく、個別の事項との関係での能力の診断を求めるものと解される。もっとも、前記のとおり、現行の成年後見制度における医学的診断は、医学的な知見を基に、現行の三類型に対応するような方式で示されている。これは、法律行為の社会的な難易度、それに要求される判断能力の程度は、医学の見地から判断しきれるものではなく、診断書を作成する医師や鑑定人（この場面における鑑定人は通常は医師であると思われる。）にとって、多岐にわたる法律行為につき、この種の行為については判断能力が十分であるが、この種の行為についてはそれが不十分であるというように、逐一かつ遺漏なく判定を行い、行為の類型ごとに裁判官による判断のための有益な資料を提供することは困難であるとの考え方によるものと思われる。

そうすると、具体的な法律行為について自ら判断する能力があるかどうかを医学的な見地から診断書を提出すること（鑑定を求めること）については、現行法下における前記の考え方を踏まえて、整理をする必要があるように思われる。

### 3 本人の判断能力の開始要件における位置付け

本人の判断能力を個別の事項との関係で判定することとする意見の背景には、本人の判断能力は、医学的な能力の診断のみによってされるべきでは

なく、当該事案において法定後見が必要とされるに至った具体的な事情、経過、本人が必要としている具体的、個別的な法的効果などに関連付けて判定すべきであるとの考え方があると思われる。

5           そして、これを敷衍して、本人の判断能力の程度による類型的な保護の制度を変更し、本人の判断能力の程度を独立の要件として認定するのではなく、法定後見による保護の必要性の考慮要素と位置付けるべきであるとの意見があった。

10           他方で、法定後見制度は第三者が本人の私的自治に介入する仕組みであるとの観点から、その介入を正当化する根拠として、本人の判断能力が十分でないことを独立した要件としておく必要があるとの意見があった。さらに言えば、この意見は、本人の判断能力の程度を法定後見の開始の要件である必要性の考慮要素と位置付けると、制度上は判断能力の程度の低下が認められない場合であっても本人の置かれた状況による必要性が高い事案では法定後見を開始することが可能となる仕組みであることの問題を指摘するもの

15            であるように思われる。

20           また、法律行為一般についての抽象的な判断能力の程度を基準とすることと、これを唯一の要件として法定後見の効果を画一的に法定する（判断能力の程度のみによって法定後見の必要性を認定する）こととは異なるものである（例えば、補助の制度は、本人の抽象的な法律行為一般に関する判断能力の程度を確認するものの、個別の必要性に応じて補助人に権限を付与するという仕組みである）ことも踏まえ、検討する必要があると考えられる。

## 2 法定後見による保護が必要であること等

25           現行法においても、法定後見による保護が必要であることは法定後見開始の要件であると考えられるものの、本人の判断能力の程度によって、法定後見による法定された一定の代理権などによる保護の必要性を擬制する仕組みについては、法定後見による保護に関する個別の必要性によって法定後見を開始するようにすべきであるという意見がある一方で、本人保護の実効性や社会的なコストの観点から慎重に考える必要があるという意見がある。

30            

35           また、法定後見の開始に当たり、法定後見以外の支援等の存在を考慮すべきという考え方があるところ、その方法としては、法定後見による保護が必要であることの考慮要素とするという考え方と、法定後見による保護の必要性の要件とは別の要件として、法定後見以外の支援が存在しないことが法定後見を開始する要件とする考え方があり得る。

以上を踏まえ、法定後見による保護が必要であること等について、どのように考えるか。

(説明)

5 1 総説

法定後見による保護が必要であることとは、本人のため（本人を保護するため）に法定後見の効果（これまでの部会での議論を踏まえると、本人の法律行為を取り消すことができるものとすることや、本人が法律行為をするには保護者の同意を得なければならないとして保護者の同意を得ないでしたものは取り消すことができるものとする、保護者に代理権を付与すること）を生じさせる必要があることをいうと考えられる。

10 現行法では、後見の制度、保佐の制度及び補助の制度のいずれについても、判断能力の程度を認定することによって、特に後見の制度や保佐の制度においては、法定後見による保護が必要であることを確認していると考えられる。そして、それぞれの制度において、本人について必要と考えられる保護の内容が法定されており、特に保佐の制度や補助の制度においては、その範囲内で本人の個別の必要性に応じて保護者に権限を付与することを可能としている。

15 これまでの会議では、本人の自己決定を尊重する観点から、本人を判断能力の程度によって分類し、保護の必要性を擬制する仕組みのみである現行の制度の在り方を見直し、個別の法律行為ごとに法定後見による保護をする必要性の有無を考慮する制度とすべきであるという趣旨の意見があった。そこで、法定後見の効果を発動させる必要があることについて、更に検討する必要があると考えられる。

25

2 本人のした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

(1) 問題の所在

30 補助の制度に関しては、本人が法律行為をするには保護者の同意を得なければならないものとする審判について、家庭裁判所が申立ての範囲内において、本人の同意を要件として、本人の具体的な必要性に応じて保護者の同意を得なければならないものとする審判をすることとされており、各人の必要性の有無や程度は、個々の事案に即して家庭裁判所により判断されると解されている。具体的な必要性に応じて保護者の同意を得なければならない法律行為を定めるという枠組みについては、これまでの審議でも概ね支持を得ているものと思われる（もっとも、一般的に取消

35

権は代理権に比べて本人に対する制約が大きいと考える立場からは、本人のした法律行為を取り消すことができるものとする必要性の判断をより慎重にすることを求める意見がある。)

5 他方で、保佐の制度に関しては、保佐の開始によって一定の範囲の被保佐人の行為について保佐人の同意を得なければならないものとされ、後見の制度に関しては、後見の開始によって成年後見人が成年被後見人のした法律行為を取り消すことができるものとされている。これまでの審議では、このように本人の判断能力の程度の認定をもって本人の法律行為の一部を取り消すことができるものとする（個別具体的な保護の必要性の認定を不要とする）仕組みについて見直しを求める意見があった（なお、後見の制度のような包括的な枠組みを維持すべきであるとの意見も出されている。）。  
10

そこで、以下では、被保佐人となる本人（判断能力が著しく不十分である者）及び成年被後見人となる本人（判断能力を欠く常況にある者）に関して、本人のした法律行為を取り消すことができるものとする必要性の具体的内容について検討する。  
15

## (2) 判断能力が著しく不十分である本人のした法律行為に係る取消し

### ア 現行法の規律

(ア) 現行法は、被保佐人が民法第13条第1項各号に掲げる行為、すな  
20 わち、「元本を領収し、又は利用すること」(第1号)、「借財又は保証をすること」(第2号)、「不動産その他重要な財産に関する権利の得喪を目的とする行為をすること」(第3号)、「訴訟行為をすること」(第4号)、「贈与、和解又は仲裁合意をすること」(第5号)、「相続の承認若しくは放棄又は遺産の分割をすること」(第6号)、「贈与の  
25 申込みを拒絶し、遺贈を放棄し、負担付贈与の申込みを承諾し、又は負担付遺贈を承認すること」(第7号)、「新築、改築、増築又は大修繕をすること」(第8号)、「民法第602条に定める期間を超える賃貸借をすること」(第9号)、「第1号から第9号までに掲げる行為を  
30 制限行為能力者の法定代理人としてすること」(第10号)をするには、その保佐人の同意を得なければならないと定めている(ただし、民法第9条ただし書に規定する行為は除くものとされている。)。そして、同意を得ないでしたものは取り消すことができるとしている(同条第4項)。

35 なお、「元本(の)領収」(第1号)には、預貯金の払戻しが含まれるとされている。

「権利の得喪を目的とする行為」(第3号)とは、売買、用益物権(地上権・地役権等)又は担保物権(抵当権・質権・譲渡担保権等)の設定、賃貸借契約又は使用貸借契約の締結及び解除その他の財産上の処分行為等をいう。また、相当の対価を伴う有償の契約である限り、雇用契約(労働契約)、委任契約、寄託契約等の他人の労務の提供を受ける契約も該当するものと解されている。さらに、介護契約、施設入所契約等のような身上保護を目的として他人の労務の提供を受ける役務提供契約や保険契約のような有償契約、金銭を他人に貸与し(消費貸借)又は預け入れる(消費寄託)ことも、これに該当するものと解されている。

「訴訟行為をすること」(第4号)とは、民事訴訟において原告となって訴訟を遂行する一切の行為をいう。なお、訴訟行為は、私法上の法律行為ではないから、同意のない訴訟行為であるからといって、他の法律行為のように取り消し得るものとすることはできないため、民事訴訟法では、被保佐人が訴訟係属中に同意を得、又は能力を回復して、追認をすれば、無効な訴訟行為は遡及的に効力を生ずるものと規定された(同法第34条第2項)。

「第602条に定める期間を超える賃貸借をすること」(第9号)は、この期間を超えない短期賃貸借であれば、日常的な管理行為の範囲にとどまるので、保佐人の同意を要しないこととされたものであり、「元本(の)利用」(第1号)又は「権利の得喪を目的とする行為」(第3号)としての賃貸借の範囲を限定する特則となっている。

(イ) 家庭裁判所は、本人の能力に基づき、具体的な保護の必要性に応じて、民法第13条第1項各号に掲げる行為以外の行為についても一定の種類を指定して、保佐人の同意を要するものとすることができる(同条第2項)。その例としては、役務提供契約その他の無名契約で、相当な対価を伴わないもの(無償契約又は有償でも対価が重要な財産とはいえない程度のもの)があると考えられている。

イ 被保佐人が民法第13条第1項各号に掲げる行為をするには保佐人の同意を得ることを要するものとされている趣旨

民法第13条第1項各号に掲げる行為は、準禁治産の制度における規定を概ね踏襲したものと解される。準禁治産の制度における説明としては、「同項各号に列挙されている行為は、いずれも重要な行為であり、精神の完全でない者がほしいままに行うことができないものとしなければ、家産を蕩尽するおそれがあることから、準禁治産者の「普通



の財産管理を超える行為」(重要な財産上の行為)を禁ずることとしたもの」などと説明されている。

5           なお、明治民法の起草委員によれば、民法第13条第1項各号に列挙されている行為は、その大部分が処分行為に属するものであるが、性質上管理行為に属する元本の領収や修繕についても、危険が多い行為であると考えられることから処分行為と同一の取扱いとしたものである。また、保証及び贈与については、禁ずることも考えられるものの、商業を営む者には往々にしてその営業上互いに保証をする必要があることや、家族の分家、婚姻、養子等の場合には贈与をすることが必要となること  
10           があることから、これらの行為は、保佐人の同意を得てすることができるものとしたと説明されている。

15           また、被保佐人の中には判断能力が不十分である程度が甚だしい場合も有り得る。その者については重要でない動産の売買のような瑣末な行為であつてもなお保佐人の同意を得ることを要するものとする必要のある場合があると考えられる。民法第13条第2項の趣旨は、被保佐人の具体的な保護の必要性に応じて、家庭裁判所が保佐人の同意を得ることを要する行為を追加的に定めることができることとしたものであると考えられている。

#### ウ 判断能力が著しく不十分である本人のした法律行為の取消し

20           被保佐人が行為能力を制限されるのは、精神上の障害により判断能力が著しく不十分であるため、契約等の法律行為の利害得失を適切に判断することが困難であり、保佐人の援助を受けないと、誤って自己に不利益な契約を締結するなどして、自己の権利、利益が害されるおそれがあるからであると考えられる。現行法は、重要な財産行為について  
25           自分で適切に行うことができない程度の判断能力(すなわち、民法第13条第1項各号に掲げる行為については援助を受けて行った方がよいと考えられる者の判断能力)を「著しく不十分」と表現しているとも考えられる。

30           他方で、判断能力が著しく不十分である本人は、基本的には意思能力を有する者であり、簡単な取引は自分で行うことができる者である。そのことを踏まえると、本人が法律行為の利害得失を適切に判断することのできるかという点は、対象となる法律行為の性質や難易のみならず、本人を取り巻く周囲の社会的要因、環境的要因によっても変化が生じるとの考え方もあり得るように思われる。また、判断能力が不十分で  
35           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役割は今日

においても失われるものではないと思われるものの、不当の評価に当たっては、基本的には本人の自己決定を尊重するとの観点に留意する必要があると考えられる。

5 また、これまでの審議においても、民法第13条第1項各号に掲げる行為については、現在の状況の下で見直しの必要があるのではないかと  
という趣旨の意見があった。

10 以上を踏まえると、判断能力が著しく不十分な本人には、基本的には意思能力があることから、保護者の同意を得ることを要するものとする法律行為の範囲について、一定の法律行為を法定する仕組みではなく補助の制度と同様に申立てによって家庭裁判所が個別に設定するもの  
15 とすることや、重要な財産行為を法定する仕組みを維持する場合であっても、その重要な財産行為をどのようなものとするかということやその中から必要なものを選択することができるようにすることなどについて、検討することが考えられるように思われる。

15 ただし、法定後見制度の趣旨に照らし、判断能力の著しく不十分な本人の保護の実効性が損なわれることのないよう十分に留意しなければならないと考えられる。

(3) 判断能力を欠く常況にある本人のした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

20 後見の制度では、判断能力を欠く常況にある者とは、通常は意思無能力の状態にある者を指すと解されている。「常況」とは、時々本心に復することがあっても、継続的に観察すればその状態が続いていることを意味するため、睡眠中の者や泥酔者は、一時的には意思能力のない状態にある  
25 としても、判断能力を欠く常況にあるとはいえないと考えられる。

25 通常は意思無能力の状態にある本人のした法律行為は、無効となる可能性が高いものといえるものの立証の困難性を否定することができないことを踏まえると、これを取り消すことができるものとする現行法の規律は、本人保護の実効性を高める面があるものといえる。

30 他方で、これまでの審議では、成年後見人の有する包括的な取消権について、理念的、観念的な観点を中心とする課題を指摘する意見が述べられるとともに、成年被後見人について取消権が必要となる状況や周りの支援環境等を十分に考慮した上で、個別の必要性に基づいて取消権を付与する制度とするべきという意見が出された。

35 この点について、通常は意思無能力の状態にある本人について、日常生活に関する行為以外の法律行為を頻繁にすることは稀であるとして、(包

括的な) 取消権を付与する必要性は高くないとの考え方もあるように思われる。他方で、本人が本心に復した場合に法律行為をすることが考えられることや、あえて成年被後見人を狙う悪徳な事業者も存在するとの指摘があること(事業者ではなく本人の周囲にいる者から経済的な被害を受けることがあるとの指摘もあること)も踏まえると(括的な)取消権を付与する必要があるとの考え方もあるように思われる。

さらに、本人が法律行為を行う現実的な可能性が乏しいとしても、本人の保護に間隙を生じさせる懸念があることと比較して、判断能力を欠く常況にある本人の法律行為を取り消すことができるものとしておくことの具体的な不都合の有無や取消権の行使を適切に行うことによりその不都合に対応する可能性についても、丁寧に検討する必要があるように思われる。

### 3 保護者に代理権を付与する必要があること

#### (1) 問題の所在

補助の制度及び保佐の制度では、個別具体的な事案において、補助人又は保佐人が本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及び本人の同意があることが、代理権を付与する旨の審判の実体的要件とされている。判断能力の不十分な本人及び判断能力が著しく不十分な本人を対象とし、個別の必要性を考慮して保護者に代理権を付与するという枠組みについては、これまでの審議でも概ね支持を得ているものと思われる。

他方で、後見の制度では、後見開始の審判により、成年後見人が、成年被後見人の財産に関する法律行為について成年被後見人を代表することとされており、これまでの審議では、このような現行法の規律を見直し、判断能力を欠く常況にある本人との関係でも、個別の必要性に基づく代理権の付与の制度とすることを支持する意見があった。

そこで、現行法における個別の代理権付与の対象となる法律行為について整理をしつつ、判断能力を欠く常況にある本人に関して、保護者に代理権を付与する必要があることの具体的内容を検討する必要があると考えられる。

#### (2) 個別の代理権付与の対象となる行為等

##### ア 特定の法律行為

保佐人及び補助人に対する代理権の付与の対象となるのは、特定の法律行為である。「特定の」とは、「本人所有の甲不動産の売却」という

5 ような具体的な個別の取引行為を指定する場合と、「本人所有の不動産の売却」というような抽象的な法律行為の種類を指定する場合とが含まれる。また、一回限りの法律行為だけでなく、継続的に行われることが予想されるものも含まれると解されている。「法律行為」には、財産管理に関する法律行為のほか、身上保護（生活又は療養看護）に関する法律行為を含む。

#### イ 財産管理に関する行為

10 財産管理とは、財産の保存・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い、事実上及び法律上の一切の行為を含むものと解されている。財産管理に関する法律行為の例としては、売買、賃貸借、消費貸借、保証、担保物権の設定、請負等の財産契約のほか、預金の管理及び払戻し、遺産分割等が考えられる。これらの法律行為に関連する登記及び供託の申請等の公法上の行為も、代理権付与の対象となり得るものと解されている。

#### 15 ウ 身上保護に関する行為

身上保護（生活又は療養看護）に関する法律行為の例としては、介護契約、施設入所契約及び医療契約の締結等が考えられ、これらの法律行為に関連する要介護認定の申請等の公法上の行為も、代理権の付与の対象となり得るものと解されている。

20 例えば、介護契約や施設入所契約等のような身上保護を目的として他人の労務の提供を受ける役務提供契約は、法律行為であるから代理権の対象となると考えられる。契約締結後の履行状況の確認は、役務提供契約に付随する事実行為であると考えることができ、保護者の権限に含まれ得ると考えられる。

#### 25 エ 日常生活に関する行為

30 民法第9条ただし書の規定する「日常生活に関する行為」とは、基本的には、本人が生活を営む上において通常必要な法律行為を指すものと解されており、その具体的な範囲は、各人の職業、資産、収入、生活の状況や当該行為の個別的な目的等の事情のほか、当該法律行為の種類、性質等の客観的な事情を総合的に考慮して判断するのが相当であるとされている。日用品の購入（食料品、衣料品等の購入）、電気、ガス、水道等の供給契約に係る対価（料金等）の支払に必要な範囲の預貯金の払戻し等がこれに含まれる。

35 「日常生活に関する行為」の範囲と認められる預貯金の払戻しの金額は、各人ごとの個々の事案によって異なるものと解されるが、その範

困については、諸般の事情を総合的に考慮した上で、本人の保護とともに、自己決定の尊重及び取引の安全の観点にも十分に配慮して判断することが必要であると説明されている。

5 本人が行為時に意思能力を有しなかったときは、その行為は無効になるため（民法第3条の2）、本人等から事後的に法律行為の無効を主張されることによる紛争を防ぐ観点から、預貯金取引に関する個別の代理権付与の必要性が認められることがあると考えられる。実際に、近時の成年後見関係事件の概況に照らせば、申立ての動機としても預貯金等の管理・解約が最も多くなっているし、実務上も、「認知判断能力が低下した本人との取引においては、顧客本人の財産保護の観点から、親族等に成年後見制度等の利用を促すのが一般的である」として、そのような運用がされており、成年後見制度等の「手続きが完了するまでの間など、やむを得ず認知判断能力が低下した顧客本人との金融取引を行う場合は本人のための費用の支払いであることを確認するなどしたう

10 えて対応」がされているようである（ここで挙げられる預貯金取引は、特に取り扱う金額の限定はされておらず、日常生活の範囲に含まれる金額の取引を排除するものではないと思われる。）。  
15

このような事情の下では、保護者に預貯金口座の取引の代理権を付与する必要性があるとして、法定後見を開始することが考えられる。

20 (3) 判断能力を欠く常況にある本人について、保護者に代理権を付与する必要があること

ア 判断能力を欠く常況にある本人による法律行為の効力

判断能力を欠く常況にある者は、精神上的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。現行法は、この

25 ような本人のした行為について、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。

30

イ 判断能力を欠く常況にある本人の保護者に代理権を付与する必要性

前記アのとおり、判断能力を欠く常況にある本人による法律行為の効力は無効となるおそれがある。そこで、本人が自らの意思に基づいて法律行為をすることにより権利関係を形成することが困難であるので

35 あれば、代理人によって法律行為をする必要があると考えられる。また、

取引の相手方としても、事後的な無効主張の可能性により法律関係が不安定になることを避けるという観点から、判断能力を欠く常況にある本人との取引を避ける事態が生じ、本人にとって必要な契約などの法律行為を実現することができないこととなるおそれがあるとも考えられる。判断能力を欠く常況にある本人について、その保護者に代理権を付与することは、本人の私的自治活動への参加を可能にする機能を担うものであるということが出来る。

これまでの審議では、判断能力を欠く常況にある本人についても個別の代理権の付与によることとする場合に、本人は基本的に自分で法律行為をすることが困難であると解されるから、代理権の対象行為を過度に限定してしまうと、新たな種類の法律行為の必要性が生じる度に代理権の付与の手続をすることとなり、本人や本人を支援する者等の多方面の事務的なコストや経済的な負担が生じることを懸念する意見があった。

#### (4) 法定後見による保護の必要性と本人の請求又は同意の関係

これまでの審議では、本人の請求又は同意がある場合は、本人の自己決定権を制約するものではないと考えられるので、ある程度柔軟に代理権を付与することによる保護を受ける必要性を認めてよいという意見があった。また、本人の一存で利用を終了することができないなどの制約があることを考えると、本人の請求又は同意のある場合であっても、保護の必要性は、別途認められる必要があるという意見もあった。

法定後見の開始に当たり本人の請求又は同意があることは、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、実務上も、法定後見による保護の必要があることの認定判断における考慮要素となっているように思われる。すなわち、保護者への代理権の付与の要件として、本人の請求又は同意の要件と代理権付与の必要性は異なる要件である。したがって、本人の請求又は同意が存在するからといって、代理権を付与する必要性の要件の判断が不要となることにはならないと考えられる。もっとも、本人による請求又は同意により当該行為を行う必要性や当該行為について保護者による代理をする必要性についての本人の意向が表明されている場合には、通常は、特段の事情のない限り、請求された対象行為について代理権を付与する必要性の存在を認めることができる場合が多いと考えられるし、必要性がないとして申立てを却下することはないようにも思われる。また、これまでの審議では、本人が法的な保護、支援を必要であるという意思を表明

しているにもかかわらず、裁判所が必要性を否定することが、本人の意思をできる限り尊重していくとの考え方との関係でどこまで可能であるのかという観点から疑問を示す意見や、必要性を否定することをどのように正当化するのかという点について更に検討をする必要があると考えられるとの意見もあった。

5

#### 4 法定後見以外の支援等があること

法定後見以外の支援があることについては、保護者に代理権を付与することや本人の行為を取り消すことができるものとするに関する必要性を否定する方向に作用する事実と整理することも可能であると考えられる。他方で、法定後見以外の支援があることは、代理権を付与することに関する必要性を否定するものではなく、必要性の要件とは別個のものであって、法定後見以外の支援がないことが法定後見の開始における（消極的な）要件であるとの整理をする見解もあると考えられる。

10

15

後者の考え方（補充性と呼ばれることもある）については、法定後見を開始するためには、家庭裁判所が他の支援等が存在しないことが認められないとの認定ができなければ法定後見の開始を差し控えるということが制度として相当であるのかという指摘が考えられる。

20

また、法定後見以外の支援と法定後見の優先関係をどのように判断するのかという点も問題になると考えられる。例えば、法定後見における代理権付与と任意代理とを比較する場合には、本人の判断能力の低下に鑑みて、本人が委任者として受任者を監督することが難しいのであれば、家庭裁判所による公的な監督を積極的に評価することができる可能性もあり、任意代理が法定後見に常に優先すると考えることは相当でないという考え方もあり得るように思われる。また、法定後見と福祉的な支援を比較する場合に、常に福祉的な支援が法定後見に優先するという関係にあるのかという点についても更に整理が必要であるように思われる。

25

30

さらに、法定後見開始の際に、法定後見以外の支援等が存在しないことを確かめなければならないとする仕組みは、家庭裁判所における審理の長期化にもつながり得るものと考えられるし、どのような仕組みにより情報を集めるのかという観点や、審理の過程で必ず調査しなければならないものかという観点からも検討を要するように思われる。

#### 3 本人による請求又は本人以外の者の請求による場合の本人の同意

35

法定後見の開始に当たり、本人の請求又は同意があることを審判の要件

とするという考え方に関しては、本人の同意には意思能力が必要であって、本人が同意をした時に意思能力を有しないときは法的に有効な同意があるとは認められないため、法定後見を開始することができないという問題が指摘されている。他方で、本人が判断能力を欠く常況にあってその同意を得ることができない場合にも、法定後見を開始することが必要となる場合があると考えられる。

以上を踏まえ、法定後見の開始の要件における本人の同意について、どのように考えるか。

10 (説明)

### 1 問題の所在

これまでの審議では、補助開始の審判等のように本人の請求又は同意を要件として法定後見による保護を開始する仕組みを支持する意見があった。他方で、本人以外の請求による場合で本人の同意があるといえない場合であつても、法定後見による保護が必要なときがあることについても、これに反対する意見はなかった。そこで、法定後見の開始に際しての本人の請求又は同意の位置付け等を整理しつつ、本人の同意があるとはいえない場合に法定後見を開始することについて検討をする必要があると考えられる。

### 20 2 現行法の規律

#### (1) 法定後見の開始における本人の意思の考慮

補助開始の審判、補助人に代理権を付与する審判、補助人に同意権を付与する審判、保佐人に代理権を付与する審判では、実体法上、本人の請求又は同意が審判の要件とされており（民法第15条第2項、第17条第2項、第876条の2第2項、第876条の9第2項）、本人の意思に反してこれらの審判をすることはできないものとされている。これらの審判はいずれも平成11年の民法改正によって設けられたものであり、その対象者が意思能力を有する者であることを踏まえ、自己決定を尊重する趣旨で本人の請求又は同意を要件としていると考えられる。なお、前記のとおり、本人の同意は、代理権付与の審判及び同意権付与の審判では、必要性の考慮要素としても機能しているという考え方がある。

他方で、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のある審判では、本人の請求又は同意は、要件とはされていない（民法第7条、第11条及び第13条第2項）。もっとも、本人以外の者による請求により、これらの審判をする場合には、家庭裁判所は



5 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  
かれています。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)。これは、本人の意思を考慮するとともに、手続上の利益を保  
障するためと解されている。

(2) 本人による請求及び同意をするために必要な能力等

ア 本人による請求に必要となる能力

10 民法第7条は、成年被後見人となるべき者(本人)は後見開始の審判  
の申立てをすることができるとしているが、これは、成年被後見人とな  
るべき者が意思能力の喪失、欠如の状態から一時的に本心に復した場  
合において、その者が自ら後見開始の審判の申立てをすることを想定  
しているのであって成年被後見人となるべき者がその心身の状態にか  
かわらず常に後見開始の審判の申立てをすることができることを想定  
しているものではないとされている。

15 なお、家事法第118条では、一般的には同法第17条第1項におい  
て準用する民事訴訟法第31条の規定により手続行為能力を制限され  
ていても、家事法第118条各号に掲げる審判事件においては、成年被  
後見人となるべき者又は成年被後見人は、自ら有効に手続行為をす  
ることができるものとしている。これは、成年後見に関する審判事件は、  
20 成年被後見人(となるべき者)の利益の観点から処理されるものである  
から、成年被後見人(となるべき者)が意思能力を有する限り、自ら審  
理手続に関与し有効に手続行為をすることができるものとするものが  
相当であると考えられることによる。もっとも、意思能力がない場合につ  
いては、同条によっても自ら有効に手続行為をすることはできない  
25 と解されている。

イ 同意の法的性質と同意をするために必要な能力

30 補助開始の審判等において必要とされる本人の同意は、審判をする  
ための要件であり、一定の法律効果の発生を求める旨の意思の表明(意  
思表示)と考えることができる。したがって、有効な同意をするため  
には意思能力が必要であり、本人が意思能力を欠く場合には同意がある  
とは認められないと考えられる。

35 なお、民法上定められている「同意」には、様々なものがあるところ、  
例えば、未成年者が法律行為をする場合の法定代理人の同意(民法第5  
条第1項)も、相手方のある意思表示であって意思表示、法律行為に関  
する規定が適用されると解されている。また、管理不全土地管理命令の

対象とされた土地の処分に係る許可（民法第264条の10第2項）のために必要とされている権利者（土地所有者）の同意（同条第3項）や、成年被後見人のする同意（民法第859条第2項で準用する第824条ただし書）についても同様に、意思能力のない者は、これらの同意を

5

#### ウ 同意の確認等

本人の同意は、本人の意思に基づくことを要するので、単に同意をする旨を述べているというだけでは足りず、審判の意味を理解していること、意思の自由を抑圧されていないことが必要であると考えられる。現行制度においては、実務上も、保佐又は補助の開始の審判手続における本人の同意の有無の確認は、単に同意書等の書面の提出では不十分であり、本人が、審判の意味を理解した上での同意であることや、本人の自由な意思に基づくことを確認することが相当な場合が多いと解されている。また、保護者に代理権を付与する審判及び保護者に同意権を付与する審判については、これらの審判をすることのみならず、代理権及び同意権を付与する範囲（対象行為）についても同意が必要であると解されている。

10

15

なお、これまでの審議では、保護者の選任についても本人の同意に係らしめることについて、これを支持する意見と反対する意見があった。

20

#### エ 意思と意向の区別

本人は、意思能力を有するか否かにかかわらず、希望を述べたり、価値を選択することがあり、このような本人の「意向」についても可能な限り尊重する必要があると考えられる。民法第858条に定める本人の意思の尊重は、成年被後見人の意思表示を漫然と受け入れることではなく、意思決定に際して本人の希望を聴いたり、意思能力喪失前に表明していた意思や希望を尊重したり、家族など本人の生活に深く関わる者から本人の希望を聴いたり、資料の提供を受けることなど本人の状況に合わせた対応を求めるものとの考え方がある。そして、この場面においても「どのような本人であっても意思がある」と指摘されることがあり、前記のとおり、本人が希望を表明することがあり、それを尊重する必要があると考えられる。もっとも、ここでいう意思とは、法的効果を生じさせること（例えば、契約の効果として代金を支払う責任を負うこと）を根拠付けるものの意味ではなく、本人の意向の趣旨で用いられているものと思われる。

25

30

35

3 法定後見の開始に当たり、本人の請求又は同意があることを要件とすること

判断能力の不十分な本人（被補助人となる者）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、保護者に代理権を付与することや、本人の行為を取り消すことができるものとする

5 ついても、その利害得失を適切に判断することができると考えられる。したがって、現行法のように、本人の請求又は同意があることを要件とすることとするに特段問題はないという考え方があり得る。

判断能力の著しく不十分な本人（被保佐人となる者）は、判断能力が著しく不十分であるものの、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判断することができる（意思能力を有する）と解されている。本人の行為を取り消すことができるものとする

10 ついて、本人がその利害得失を適切に判断することができるのであれば、本人の請求又は同意があることを要件とすることもあり得るように思われるが、判断能力の低下が著しい場合には、本人の行為を取り消すことができるものとする

15 ついては、本人の行為を取り消すことができるものとする

判断能力を欠く常況にある本人（成年被後見人となる者）については、通常は意思無能力であると考えられているから、本人の請求又は同意があることを法定後見開始の要件とすると、有効な同意を得ることができず、法定後見を開始することができないと考えられる。このような保護の在り方

20 には、本人保護の実効性の観点から問題があると考えられる。他方で、本人の請求又は同意の意義について、本人の自己決定の尊重の観点から、本人に意思能力がある場合には、その意思に反して法定後見を開始しないことを保障するものとの考え方もあり得るように思われる。このような理解の下

25 では、本人が意思無能力の場合には、本人の請求又は同意に代わる一定の要件の下で、法定後見を開始することが考えられる。

4 本人が判断能力を欠く常況にあつて、その同意があると認めることができない場合における法定後見の開始

判断能力を欠く常況にある本人は、通常は、法定後見の開始に同意をするために必要な意思能力を有するとは認められないと考えられる。そのような本人についても、一定の要件の下で法定後見を開始する必要があること

30 ついては概ね支持が得られていると思われるが、その要件については、更に検討する必要があると考えられる。

35 一つの考え方としては、少なくとも緊急事務管理（民法第698条）のよ

うな要件が満たされる場合には法定後見を開始するとの考え方が有り得るように思われる。すなわち、事務管理の制度では、「本人の身体、名誉又は財産に対する急迫の危害を免れさせるために事務管理をしたとき」は、悪意又は重大な過失があるのでなければ、損害賠償責任を負わないものとされている（民法第697条第1項、第698条）。これを参考として、本人が同意をするために必要な意思能力を有すると認められない場合であっても、本人の身体、名誉又は財産に対する急迫の危害を免れさせるために必要と認めるときには、法定後見を開始することができるということが考えられる。

また、これまでの審議では、最高裁判所、厚生労働省、日本弁護士連合会、成年後見センター・リーガルサポート及び日本社会福祉士会により構成された意思決定支援ワーキング・グループにより作成された「意思決定支援を踏まえた後見事務のガイドライン」（令和2年10月30日）において、「本人にとって見過ごすことができない重大な影響が生じるような場合」には、法的保護の観点から、「最善の利益」に基づいた代行決定を行うことが許容されるとされていることを参考とする考え方が示されたが、これも緊急事務管理と同様にある程度厳格な要件を設ける方向の意見であるとも思われる。

他方で、判断能力を欠く常況にある本人において、自らの権利利益を守ることを期待することができないときに、本人の権利や利益が害されることを防ぐために必要な行為を第三者においてすることが望ましいといえる場面は、必ずしも本人の生命、身体、財産に大きな危険が及ぶような状況に限られないという考え方もあり得ると思われ、これまでの審議においても、そのような観点から、緊急事務管理のように厳格な要件を設けることには慎重な意見があった。このような意見を踏まえると、判断能力を欠く常況にある本人において、本人による権利の行使が困難であることにより本人の利益を害するような場合には、法定後見の開始を認めるという考え方もあり得るように思われる。

## 第2 法定後見の開始の効果等

### 1 本人の行為を取り消すことができるものとする（取消権及び同意権）

法定後見開始の効果として、本人の行為を（必要な範囲で）取り消すことができるものとする場合には、その仕組みとして、現行法では、本人が当該法律行為をしたときは当然に取り消すことができる仕組みと、保護者の同意を得なければならないものとした上で同意を得ていない場合に取

り消すことができるとする仕組みがある。見直し後の保護の枠組みにおいて、包括的な保護の枠組みや個別の必要性に応じて取り消すことができる法律行為を定める枠組みとする考え方があるが、それぞれの考え方を踏まえつつ、どのような取消しの仕組みとするかが問題となり得る。

5       また、保護者による取消権の行使等が適切に行われなかったことによって、本人の利益を損なう可能性が指摘されていることを踏まえ、同意権のみを有する保護者を選択的に設けることや、本人の意向に配慮することなく行使された取消権の効力の在り方について検討することが考えられる。

      これらの点について、どのように考えるか。

10

(説明)

## 1 総論

15       法定後見の開始の効果として、本人の法律行為を取り消すことができるものとすることや、本人が法律行為をするには保護者の同意を得なければならないとして保護者の同意を得ないでしたものは取り消すことができるものとするのが想定し得る(以下、取り消すことができることを「取消権」ということがあり、また、同意を得なければならないことを「同意権」ということがある。)

20       現行の法定後見における取消権や同意権については、本人の自己決定権を制約する性質を有するものとして、できるだけ廃止すべきであるとの指摘がされている一方で、本人が法律行為によって各種の被害を受けることを防止し、また、被害を回復することを可能とする仕組みとして意味があると考えられ、部会でも同様の意見が出された。

25       そして、部会では、現時点において、取消権を完全に廃止すべきであるとの意見はなく、取消権が本人の自己決定権を制約する性質を有するものであるとの指摘を踏まえつつ、本人が法律行為をするには保護者の同意を得なければならないとする規律の本人の範囲、取消権者の範囲(本人の法律行為を同意することができるが取消権を有しない保護者を設けることの当否)や取消権の行使の在り方について、見直しの要否を含め検討をする必要があると考えられる。

30

## 2 判断能力を欠く常況にある本人の保護者に同意権を付与すること

### (1) 問題の所在

35       被補助人及び被保佐人のした法律行為は、補助人及び保佐人の同意を得なければならない行為であって、その同意等を得ないでしたもののみ

取り消すことができる。これに対し、成年被後見人の法律行為は、日常生活に関する行為を除き、取り消すことができる。

仮に、判断能力を欠く常況にある本人についても、個別の必要性に応じて取り消すことができる法律行為を定めることとする場合には、本人が当該法律行為をしたときは取り消すことができるものとするか、被補助人又は被保佐人と同様に保護者の同意を得なければならないものとし、その同意等を得ないでしたもののみ取り消すことができることとするかについて整理しておく必要があると考えられる。

(2) 保護者の同意を得てした行為を取り消すことができなくすることの適否

禁治産の制度においては、禁治産者について、本心に復した時にその後見人の同意を得てした法律行為が後見人の権限内のものであれば有効である（禁治産者及び後見人は取り消すことができない。）との考え方もみられたが、その後、禁治産者が後見人の同意を得てした法律行為も取り消すことができるとの考え方が主張されるようになったとされている。

そして、現行の後見の制度においては、成年被後見人のした行為は日常生活に関する行為を除き、成年後見人の同意を得てした行為も取り消すことができるというのが通説的な理解とされており、その考え方の理由としては次のように説明されている。すなわち、成年被後見人が本心に復した時にした法律行為であっても、それが果たして利害得失を慎重に考慮した結果であるかどうかは分からない。また、後見人の同意を得てした行為であるとしても、精神状態の絶えず変化する成年被後見人にとっては、同意の際に予測したとおりに行為することも期待し難いところがある。これらを考慮すると、事前に同意を与えて単独に行為をさせることは、本人の保護の上からいっても、相手方の利益からみても危険であり、単独の行為を認めないようにすることが後見の制度の目的に合致すると解されている。

なお、保護者が予め契約の内容（例えば不動産取引であれば、どの不動産を誰にいくらで売るか等）を指示して、本人がそのとおりの契約を締結した場面について、契約締結者を法定代理人である保護者とし、本人はその使者であるから契約は確定的に有効であるとする考え方も有り得る。もっとも、この考え方は、保護者の同意の範囲内とされる法律行為一般について、予め保護者の同意を得て本人が単独で確定的に有効な法律行為をすることができるとの考え方とは異なると解することができるように思われる。

5 そうすると、判断能力を欠く常況にある本人が法律行為をするには保護者の同意を得なければならないとして保護者の同意を得ないでしたものは取り消すことができるものとするのは、保護者の同意を得てした行為について取り消すことができなくなるという点で、現在の通説的な理解とは結論を異にすることになると考えられる。

### 3 取消権者

#### (1) 問題の所在

10 判断能力を欠く常況にある本人については、本人のみを取消権者とする  
ことでは、本人の保護を十分に図ることは困難であると考えられ、保護  
者を取消権者とするのが考えられる。

15 他方で、特に、判断能力を欠く常況であるとまではいえない本人（判断  
能力が著しく不十分又は不十分である本人）を念頭に、本人に意思能力が  
ある場合には、本人が法律行為をするには保護者の同意を得なければな  
ら  
ないとして保護者の同意を得ないでしたものは取り消すことができる  
ものとしつつ、取消権を有する保護者と取消権を有しない保護者を設け  
ることで、本人の自己決定を可能な範囲で確保することを示唆する意見  
があった。そこで、本人がする法律行為の同意をする権限を有するが取消  
権を有しない保護者を設けることについて検討することが考えられる。  
20 なお、取消権の行使の在り方については下記4で取り上げている。

#### (2) 同意権を有するが取消権を有しない保護者を設けること

25 現行法では、行為能力の制限によって取り消すことができる行為は、同  
意をすることができる者も取り消すことができるとされている（民法第  
120条第1項）。これは、取消権の実効性を確保する観点によるもので  
あるとされている。

他方で、保護者に取消権を付与するか否かを本人の選択に委ね、本人の  
み  
が取消権を有することを可能とすると本人が有効な法律行為とするこ  
とを希望しているのにこれに反する取消権の行使を防ぐことが可能であ  
ると考えられる。

30 もっとも、本人が一定の法律行為について保護者の同意を得なければ  
ならないものとすることによって保護を受ける規律においては、前記の  
同意を得ることなく法律行為をした場面を取り消すかどうかの場面の前  
段階として、本人において有効な法律行為をしたいと考えて保護者の同  
意を得ることができ、更に現行法では、家庭裁判所の関与の下に、被保佐  
35 人及び被補助人が自ら確定的に有効な法律行為をするために、家庭裁判

所の同意に変わる許可の制度が設けられている（民法第13条第3項、第17条第3項）。

このように、本人が同意を得る段階で本人の自己決定を尊重する仕組みが設けられていることも踏まえつつ、なお、取消権を有しない保護者を設けることの意義について検討する必要があるとも考えられる。

#### 4 取消権等の行使の在り方

##### (1) 問題の所在

本人の希望しない取消権の行使が本人の自己決定を不当に制約するとの観点から、取消権の行使の場面で、保護者が本人の意向を確認しなければならぬものとする考え方がある旨の意見があった。

そこで、同意権の行使の在り方や取消権の行使の在り方について、更に検討することが考えられる。

なお、保護者に本人の意思を確認することは、本人の意思を尊重する前提であるから、本人意思尊重義務の内容に当然に含まれるように思われる。また、保護者が、同意権及び取消権の行使に当たって、本人と十分なコミュニケーションをとることが望ましいということについては、これまでの審議においても異論はみられなかった。

##### (2) 保護者による同意権の行使と家庭裁判所の同意に代わる許可

###### ア 保護者による同意権の行使

保佐の制度において、被保佐人が一定の法律行為をするには保佐人の同意を得なければならないとされるのは、精神上的障害により判断能力が著しく不十分であるため、契約等の法律行為の利害得失を適切に判断することが困難であり、他人（保佐人）の援助を受けないと、誤って自己に不利益な契約を締結するなどして、自己の権利及び利益が害されるおそれがあるからであるとされている。

したがって、保佐人としては、被保佐人が行おうとしている行為が、被保佐人にとっていかなる利害得失を生むことになるかについて経済合理性に従って判断することが、まずは求められることになると考えられる（民法第876条の5第2項、第644条）。

その上で、保佐人は、善管注意義務を敷衍し、かつ、明確化した義務として、保佐の事務を行うに当たっては、被保佐人の意思を尊重し、かつ、その心身の状態及び生活の状況に配慮しなければならない義務を負うこととされている。そのため、単に経済合理性のみを基準に（いわばパターンナリストティックに）被保佐人の保護を図れば足りるわけでは



ない。被保佐人自身の価値基準と経済合理性に従った判断とが整合しないことがあり得るが、本人の心身の状態及び生活の状況に与える影響などを考慮すれば、あえて当該行為を行うことが本人の意向を尊重し、かつ、身上にも配慮した結果を生むことがあり得るものと解されている。

5

このような保佐人の同意権行使の在り方は、補助人においても基本的には同様であると思われる。

#### イ 家庭裁判所の同意に代わる許可

保佐の制度及び補助の制度では、保佐人及び補助人が不当に同意を与えないために被保佐人の自己決定が不当に制約を受けるときは、家庭裁判所の関与の下に、被保佐人が自ら確定的に有効な法律行為をするために、家庭裁判所の同意に代わる許可の制度が設けられている。

10

家庭裁判所は、保護者と本人の意見が対立した場合に、善管注意義務のほかこれを敷衍した身上配慮義務及び本人意思尊重義務の規定された趣旨を踏まえて当該行為が有する意義を多角的に考慮して、同意に代わる許可を与えるかどうかを判断することとなる。

15

その判断においては、まず本人の意向が尊重されるべきであって、その意向を実現するためには、その心身の状態及び生活の状況に配慮した財産の活用が不可欠であるとの視点が重要であると解されている。例えば、本人が、経済合理性に従った判断に照らして、通常であれば浪費に当たると考えられるような行為を行おうとする場合であっても、本人の心身の状態及び生活の状況に与える影響（当該行為を行うことを可能とする程度に財産を有するか、仮にそのような行為を継続することが被保佐人の生活レベルを維持することを困難にさせることがないかなど）を考慮して判断すべきであり、そのような考慮を経ないで直ちに同意に代わる許可を与えないこととすべきではないものと考えられている。

20

25

#### ウ 小括

このように現行法の同意権行使の場面では、保護者の不当な同意権行使により本人の自己決定が害されることを防止する仕組みが設けられているといえる。

30

### (3) 取消権の行使における本人の意向の尊重

#### ア 保護者の同意権を前提とする場合の取消権の行使

保佐の制度及び補助の制度のように、取消権の前提として保護者に同意権を付与する仕組みが採られている場合には、同意権を行使する

35

か否かの段階又は家庭裁判所の同意に代わる許可の段階で、本人の意向を尊重することが求められており、その段階でも、本人の自己決定の尊重はある程度実効的に図られるようになっているといえる。

イ 保護者の同意権を前提としない場合の取消権の行使

5 後見の制度では、保護者の同意権を前提とせず、保護者が取消権を行使することとなると考えられる。その場合でも、保護者は、その権限の行使に当たり、本人の意向を尊重し、その心身の状態及び生活の状況に配慮する義務を負う（民法第858条）。

10 本人が判断能力を欠く常況にある場合には、本人は取消権の行使についての利害得失を判断することが困難な状態にある場合が多く、法的に有効な意思表示をすることは一般的には困難であると考えられるが、何らかの意向を示すことのできる可能性は否定されないと思われる。

15 その上で、法定後見制度において保護者に取消権が与えられるのであれば、保護者の思慮分別の下で取消権を行使するか否かを判断し、本人保護の実効性を図ることが期待されていると考えられる。そのため、保護者において本人の意向を尊重しなければならないものの、最終的に、本人の意向に反して取消権を行使することが全く許されないとする

20 ことは相当ではないとの考え方があり得る。これまでの審議においても、判断能力を欠く常況にある本人の意向については、権限を持つ保護者がその意向を活かすか否かを責任を持って判断すべきであるという意見があった。

25 さらに、部会では、取消権を行使する段階での本人の自己決定を尊重する観点から、本人の意向を確認することなく（本人の了解を得ることなく）行使された取消権の効力を制限することを支持する意見があった。この点に関し、保護者が取消権の行使に当たって、本人の意向を確認したかという内部的な事実関係は、取引の相手方から直ちに判明するものではなく、これにより取消権の行使の効力を左右することは、取消権行使の効果を不安定にするものであり、法的安定性を害すること

30 となる点を考慮する必要があると考えられる。部会でも、そのような懸念を指摘する意見があった。

35 また、保護者が取消権の行使に当たり、本人の意向を何ら考慮しないことについて、保護者の任務懈怠であるとして本人から保護者に対して責任を追及することが可能であるとの整理や、保護者としての適性を問う理由であるとの整理をすることが考えられる。部会でも、そのよ

うな観点からの意見があった。

## 2 代理権及び財産管理権

5 法定後見開始の効果として、保護者の代理権を個別的な事項に限定する場合には、その代理権の対象行為を特定する必要があるところ、どの程度詳細に特定する必要があるかという点については、本人のニーズに基づいて類型的なものとするかや包括的なものとするかも許容されるという考え方があ

10 また、保護者の代理権を個別的な事項に限定する場合には、財産管理権も代理権の対象行為に応じた範囲のものになると考えられる。

なお、保護者による代理権行使に当たっても、取消権の行使と同様に、本人の意思に配慮することなく行使された代理権の効力が問題となり得る。

これらの点について、どのように考えるか。

### 15 1 問題の所在

法定後見の開始の効果として、保護者に代理権や財産管理権を付与することが想定し得る。

20 部会では、現時点において、保護者に代理権を付与する規律を廃止すべきとの意見はなかった。そこで、代理権の付与の在り方について整理をするとともに、代理権の行使の在り方について検討する必要があると考えられる。

### 2 代理権の付与の在り方（対象行為の特定）

#### (1) 補助の制度における代理権の付与の在り方を踏まえた整理

25 補助の制度では、家庭裁判所が代理権を付与する旨の審判において保護者に代理権を付与している（なお、保佐の制度においても同様である。）。そして、現行法上は、代理権を付与する旨の審判をする際に保護者に付与する代理権をどのように定めるかについて規定はない。

30 もっとも、補助人への代理権を付与する旨の審判の申立てをする際には、申立人は付与を求める代理権を特定して申立てをしている。そして、実務上は、申立てに当たり、裁判所の公表する代理行為目録【保佐・補助用】のひな形を利用して代理権の対象行為を特定することも多いと思われる。また、家庭裁判所の代理権を付与する旨の審判においても、申立書で利用された代理行為目録を利用して、付与する代理権の対象行為を特定している例が多いと思われる。

35 このひな形では、例えば、預貯金等金融関係や身上保護関係に関して、

次のような項目が設けられ、各チェックボックス（□）にチェックを付す形で、代理権の対象行為を特定している。

預貯金等金融関係

5 □ ① 預貯金及び出資金に関する金融機関等との一切の取引（解約（脱退）及び新規口座の開設を含む。）

※ 一部の口座に限定した代理権の付与を求める場合には、③に記載してください。

10 □ ② 預貯金及び出資金以外の本人と金融機関との取引  
〔□貸金庫取引□証券取引□保護預かり取引□為替取引□信託取引□\_\_\_\_\_〕

□ ③ \_\_\_\_\_

身上保護関係

15 □ ① 介護契約その他の福祉サービス契約の締結、変更、解除及び費用の支払並びに還付金等の受領

□ ② 介護保険、要介護認定、障害支援区分認定、健康保険等の各申請（各種給付金及び還付金の申請を含む。）及びこれらの認定に関する不服申立て

20 □ ③ 福祉関係施設への入所に関する契約（有料老人ホームの入居契約等を含む。）の締結、変更、解除及び費用の支払並びに還付金等の受領

□ ④ 医療契約及び病院への入院に関する契約の締結、変更、解除及び費用の支払並びに還付金等の受領

□ ⑤ \_\_\_\_\_

25 見直し後の制度においても、家庭裁判所が保護者に個別の法律行為についての代理権を付与することとする仕組みに関しては、前記のような現行の補助の制度（なお、保佐の制度も同様であると考えられる。）における代理権の付与の在り方と同様となることが考えられる。

(2) 後見の制度における代理権の在り方を踏まえた整理

30 後見の制度では、後見の開始の審判によって、成年後見人は、被後見人の財産を管理し、かつ、その財産に関する法律行為について被後見人を代表する。したがって、この枠組みでは、家庭裁判所の審判によって、代理権の付与の対象行為を特定することはされていない。

35 見直し後の制度においても、包括的な代理権を付与する枠組みを設けることとする場合には、現行の後見の制度と同様に、当該特定の枠組みの法定後見を開始する旨の審判がされることによって、保護者に包括的な

代理権があることとなることが考えられる。

他方で、判断能力を欠く常況にある本人についても、個別の必要性に応じた代理権を付与する仕組みとするという考え方によれば、前記のひな形を利用する方法などによって付与する代理権の対象行為を特定することとなると考えられる。

5

### 3 代理権、財産管理権及び財産調査権

#### (1) 代理権及び財産管理権の範囲及び対象

##### ア 代理権及び財産管理権の範囲

10 成年後見人の財産管理権は、成年後見人が財産行為に関する包括的な代理権の行使に当たって財産の保存、維持及び性質を変更しない利用又は改良を目的とする行為並びに処分行為を職務として行う必要があることに鑑み、それらの行為に関する権限についての規定が設けられたものと考えられている。後見人の包括的な代理権に対応する包括的な財産管理権として、成年被後見人の全ての財産に及ぶものと解されている（なお、成年後見人の財産管理権と代表権については、成年被後見人の財産の管理を行うために、成年被後見人の代理人として、その財産に関する法律行為をなす権限を有するのであり、成年後見人の代理権は、財産管理権より派生する権利であるとの説明がされることもある。）。保佐人及び補助人も、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いる。

15

20

25

これらを前提とすると、保護者の代理権を個別的な事項に限定する場合には、その財産管理権も代理権の対象行為に応じた範囲のものになるとの考え方があり得ると思われる。そうすると、判断能力を欠く常況にある本人の保護者についても、個別の必要性に応じて代理権を付与するのであれば、本人の財産を管理する者とは位置付けないことになると考えられる。

##### イ 代理権及び財産管理権の対象

30 財産管理は、事実上の行為及び法律上の行為を含む概念であるが、事実上の行為は、代理権の対象とはならない。例えば、保護者に特定の預貯金口座の取引の代理権を付与する場合を考えると、口座への現金の預入れ、払戻し、口座間の送金、引落とし口座の設定、口座の解約等は、預貯金債権の発生や消滅の効果を生じさせる法律行為と整理することも可能であり、代理権の対象となり得るとも考えられる。他方で、預貯

35

金通帳の保管、キャッシュカードの発行及び保管、暗証番号の管理及び変更、届出印の保管及び改印の手続、払い戻した現金の管理等は、財産管理に関する事実上の行為であって代理権の対象とはならない（仮に本人のためにこれらの事実行為の必要があるとしても、そのみで法定後見を開始することにはならない）が、保護者に付与された代理権の対象となる法律行為に付随するものに限り、保護者の権限に含まれるものと考えられる。

なお、預貯金口座の取引に関する代理権を有するとしても、口座から払い戻した現金を特定の用途のために処分することや預金又は貯金の口座に払込みをする方法による弁済をすることを代理することはできないように思われる。

#### (2) 財産調査権

成年後見人は、成年被後見人の財産を管理するものとされているため（民法第859条第1項）、成年後見人は、遅滞なく成年被後見人の財産の調査に着手し、目録を作成しなければならないとされている（同法第853条第1項）。他方で、保佐人及び補助人については、財産調査と財産目録の調製に関する規定は設けられていない。これは、保佐人及び補助人に付与される代理権が特定の法律行為に限られることによる。

もともと、家庭裁判所により付与された代理権の範囲内で財産の調査や目録の作成が命じられることもあり得る（民法第876条の5第2項、第876条の10第1項、第863条、家事事件手続規則第85条、第86条、第81条）。

判断能力を欠く常況にある本人についても、個別の必要性に応じて保護者に代理権を付与する仕組みとする場合には、保佐人や補助人と同様に、代理権の行使に必要な範囲で財産管理権を有するものと考えられるから、一般的な財産調査の義務は負わないことになると考えられる。この点については、本人の財産状況を調査する権限の範囲が付与される代理権に係る事項の範囲に厳しく限定されるとすると、実務上の困難、不便が生ずるとの意見があるところ、善管注意義務に基づき、必要な範囲で財産を調査することはあり得ると思われるが、本人の財産状況の全体を把握することは想定されないように思われる。

#### 4 代理権の行使の在り方

保護者による代理権の行使に当たっては、現行法においても、本人の意向を尊重することが要請されている（民法第858条）。

5

もつとも、代理とは、使者とは異なり、一般的には、代理人自身が意思（効果意思）を決定し、その意思を表示することによって法律効果を本人に帰属させるものである。その観点からは、代理人を本人の意向に例外なく従わなければならないとすることは、保護者に代理権を付与した制度の目的と整合しない場合があるものと考えられる。その点で、本人の意思の「尊重」は、例えば、事務管理に関して、本人の意思を知っているとき、又は推知することができるときは、その意思に「従って」事務管理をしなければならないと定める民法第697条第2項と同程度までの意味を持つものではないとも考えられる。