

法定後見制度の基本枠組みについて（第10回会議における発言の補足説明）¹

部会委員 上山 泰

1. 2類型化（2制度化）

現行3類型を、①事理弁識能力が不十分である者（事理弁識能力を欠く常況にある者を除く。）を対象とする制度〔同意型〕と、②事理弁識能力を欠く常況にある者を対象とする制度〔不同意型〕の2つに再編し、前者を原則形態とする²。

2. 事理弁識能力が不十分である者（事理弁識能力を欠く常況にある者を除く。）を対象とする制度〔同意型〕の概要

(1)開始の手続（「開始の審判」）

- ・家庭裁判所の審判（「開始の審判」）によって開始するものとする。
- ・開始の審判は、請求権者（本人等：範囲は要検討、以下同じ。）による請求があることを要件とする。ただし、本人以外の者の請求による場合には、本人の同意を要するものとする（現民法15条2項参照）。
☞本人の請求または同意（「本人の意思的関与」）を制度開始の絶対的な要件とする。
- ・開始の審判の請求に当たっては、現行の補助制度と同じく、①同意権付与の審判もしくは②代理権付与の審判のいずれか、またはこの双方の請求を必ず行うものとする。これらの審判についても、本人以外の請求による場合には、本人の同意を要するものとする（現民法17条2項、876条の4第2項、876条の9第2項参照）。
- ・対象者は、事理弁識能力が不十分である者（事理弁識能力を欠く常況にある者を除く。）とする。

¹ 本資料で示す内容は、第13回成年後見制度の在り方に関する研究会に提出した「新しい法定後見制度の基本的骨格についてのイメージ」、及び、上山泰「法定後見制度の基本的枠組みの再構築」ジュリスト1596号41頁（2024）で示した私見を、これまでの法制審議会における議論を踏まえて一部修正したものである。

² まず、本人の自己決定権（制度の利用開始や支援者への権限付与に対する本人の意思的関与）を基盤としつつ、弱いパターンリズムの補完によって正当化される同意型の制度を日本型の意味決定支援制度の中核として位置づけ、判断能力不十分者を対象とする私法上の支援の原則形態とする。この上で、弱いパターンリズムによって正当化される不同意型の制度をラスト・リゾートとして位置づけ、この制度に基づく介入の最小化を図るとともに、本人の意思や選好を尊重する（可能な限りの意思決定支援の実質を担保する）ための仕掛けを組み込む。

(2) 支援者に対する権限付与の審判（特別の審判）

- ・ 現行の補助と同じく、①同意権付与の審判および②代理権付与の審判を設けるものとする。
- ・ 開始の審判と同じく、請求権者（本人等）による請求があることを要件とする。ただし、本人以外の者の請求による場合には、本人の同意を要するものとする（現民法 17 条 2 項、876 条の 4 第 2 項、876 条の 9 第 2 項参照）。
 - ☞ 本人の請求または同意（「本人の意思的関与」）を権限付与の絶対的な要件とする。
- ・ 代理権付与の対象は、財産管理及び身上保護に関する特定の法律行為とする（医療同意等の身上保護に関する代行決定はさしあたり対象外とする。）。特定の法律行為の指定方法は、①具体的な個別の法律行為を指定する場合（本人所有の甲不動産の売却）と、②抽象的な法律行為の種類を指定する場合（本人所有の不動産の売却）の双方を認める。また、複数（あるいは複数領域）の法律行為を対象とすることも認める。ただし、包括的代理権の付与は認めない。
- ・ 現行の補助と同じく、本人にとって必要な範囲内に支援の内容を限定するために、代理権の対象行為の範囲については申立てに拘束力を認める³。さらに、こうした主観的必要性の存在を前提とした上で、必要性の原則の観点から、①「当該代理権の対象となる特定の法律行為を伴う法的事務の実施を検討する具体的な必要性」と、②「当該法的事務の実施のために、裁判所が代理権を付与し、代理人を監督する具体的な必要性」⁴という 2 つの客観的必要性による対象の限定を行うことが考えられる⁵。

³ 小林昭彦ほか編著『新成年後見制度の解説〔改訂版〕』60-61 頁（金融財政事情研究会、2017）参照。

⁴ 補充性の観点貫徹した場合、当該法律行為について任意代理権を付与するための委任契約を締結する意思能力があると評価できる限り、家庭裁判所による代理権の付与は不要であると考えられることもできないわけではない。しかし、私見は、本人の意思的関与（請求または同意）の存在を絶対的な要件とする本類型に関しては、本人の事理弁識能力が不十分であることを原則的な前提とした上で、この事理弁識能力の不十分さのゆえに適切な代理人選任に課題があり、客観的にも、③「当該代理権の行使に関する裁判所による公的監督の必要性」があれば、本類型による代理権の付与を認めてよいと考える。この点については、現行の補助人の代理権の立案理由として、『軽度の認知症・知的障害・精神障害等の状態にある者の中にも、自分で適切な代理人を選任することが困難な状況にあるため、家庭裁判所による法定代理人の選任・監督を必要とする者が現に存在する以上、補助制度の対象者についても法定代理権の付与を認めるのが相当であること』（小林ほか・前掲注 3）58 頁）が、指摘されていた点が参考となる。

⁵ このように、本人の請求または同意の枠内において、家庭裁判所が客観的必要性の観点から代理権の範囲を限定することを認めることは、本類型が本人の自己決定権に基盤を置きつつも、弱いパターンリズムの補完によって正当化される仕組みであることを示す一例といえる。なお、本類型は、事理弁識能力が不十分ではあるが、完全に欠けているわけではない者を対象とするものであるから、審判の時点において家庭裁判所が代理権付与の客観的必要性がないと判断した事項について、それでも本人が代理権を設定したいと考える場合には、原則的には本人が任意代理権を付与することで、その意思を実現すれば足りると解される。

(3)本人の行為能力の制限（同意権付与の審判の効果）

・同意権付与の審判が行われた場合に、本人がその同意を要する行為を支援者の同意又はこれに代わる家庭裁判所の許可（現民法13条3項、17条3項参照）を得ずにしたときは、本人、その代理人及び承継人⁶が、その行為を取り消すことができるものとする。

☞日用品の購入その他日常生活に関する行為は同意権の対象外とする（現民法13条1項ただし書、同2項ただし書、17条1項参照）。

☞支援者（同意権者：現民法120条1項参照）の固有の取消権は認めない⁷。

☞同意権と取消権を構造的に分離することで、同意権を意思決定支援のための仕組みとして純化させる⁸。これにより、本人との関係（内部関係）における同意権の性質は、本人の行為を規制するための権限というより、むしろ意思決定支援を行う義務（本人に適切な意思決定支援の機会を与える義務）の性質が濃いものとして位置づけ直される⁹。

⁶ 行為能力の制限という、いわば財産法上のある種の身分的制約に基づく取消権については、その一身専属性について検討する余地があるようにも思われる。もっとも、既発生の具体的な取消権には、錯誤・詐欺・強迫等による取消権との同質性もあり、これらとの平仄も考える必要がある。

⁷ 日本法上、制限行為能力者の行為は「取り消しうる〔一応は有効な〕行為」であるため、取消権者を本人に限定する限り、自己決定権侵害の要素は極めて希薄になる。さらにいえば、本人による取消しを判断能力不十分者の特性を踏まえた自己決定権の適正な行使の機会の確保を目的とした試行錯誤権の保障として理解することも不可能ではない。なぜなら、取消権の発生根拠である支援者の同意の不在は、「本人が適切な意思決定支援の機会を受ける機会を失った状態で意思表示をしたこと」を意味しており、そこでの本人による取消権の行使とは、あらためて適切な意思決定支援を受けて自己決定権を行使する機会を回復するための行為であると再定義できるからである。障害者権利条約12条との関係でいえば、取消権の本質を本人の行為能力の制限としてではなく、むしろ逆に、同条3項が求める「法的能力の行使に当たって必要とする支援」と親和性のある仕組みとして理解することもできるように思われる。

⁸ 同意権の行使のプロセスには、もともと本人と補助人また保佐人との共同的意思決定という要素が含まれている。仮に、この部分だけを切り出して強調するならば、現行の同意権を意思決定支援の仕組みとして理解することは必ずしも不可能ではない。さらに進んで、支援者固有の取消権を排除して、同意権を取消権から構造的に分離してしまえば、同意権から行為能力制限の要素をより排除できるものと思われる。というのも、取消権を伴わない（支援者の）同意権の中心的な機能は、「判断能力不十分者が行おうとする意思表示が、本人の価値体系からみて真に妥当なものといえるかについて、本人と共に検証する機会を持つ」という点にあると解されるからである。これは、まさしく条約12条3項がいう「法的能力の行使に当たって必要とする支援」として理解することができるので、こうした形で再定位が行われた同意権を民法典に置くことは、同条が求める「障害者とその法的能力の行使に当たって必要とする支援を利用する機会を提供するための適当な措置」の具体化として説明することができるように思われる。

⁹ 同意権の意義を本人側から見れば、「同意権の対象となる法律行為を行おうとする際に、同意権の行使という形式による意思決定支援を支援者に求める権利がある」ということになり、逆に支援者側から見れば、本人からのこうした意思決定支援の要請に適切に応える義務を負っているということになる。他方、相手方との関係（外部関係）においては、本人及び支援者はともに相手方に対して、本人による意思表示の場面において、同意権の行使という形式による支援者の介入を要求できる（正当化できる）という意味を持つことになる。たとえば、本人及び支援者は、契約の場に支援者が立ち会うことを相手方に求めることができることになる（もとより、書面等による同意権行使を排除する趣旨ではない）。

3. 事理弁識能力を欠く常況にある者を対象とする制度〔不同意型〕の概要

(1)開始の手続（「開始の審判」）

- ・家庭裁判所の審判（「開始の審判」）によって開始するものとする。
- ・開始の審判は、請求権者（本人等）による請求があることを要件とする。本類型については、本人による請求または同意は不要とする¹⁰。
- ・対象者は、事理弁識能力を欠く常況にある者とする。

- ・支援者に対する権限の付与（後掲(2)参照）に関する制度設計について、①完全テイラーメイド型を採用した場合は、開始の審判の請求に当たって、代理権付与の審判の請求（特別の審判）を必ず行うものとする。
- ・支援者に対する権限の付与（後掲(2)参照）に関する制度設計について、②「基本代理権セットの付与+個別代理権の付与型」を採用した場合は、開始の審判の効果として、支援者に基本代理権セットに含まれる代理権が一律に付与されるものとする。これに加えて、基本代理権セットに含まれない代理権の付与を請求する場合は、これに係る代理権の付与の審判（特別の審判）を別途請求するものとする。

(2)支援者に対する権限の付与

- *この点の制度設計については、①完全テイラーメイド型と、②（必要最小限の）基本代理権セットの付与+（必要性の原則に基づく）個別代理権の追加付与（基本パッケージ型）という、2通りの考え方がありうると思われる。

①完全テイラーメイド型

- ・開始の審判の請求に当たっては、代理権付与の審判（特別の審判）の請求を必ず行うものとする。代理権の付与について、本人による請求または同意は不要とする。
- ・代理権付与の審判における請求権者（本人等）の申立ての範囲内において、家庭裁判所が、①「当該代理権の対象となる特定の法律行為を伴う法的事務の実施を検討する具体的な必要性」と、②「当該法的事務の実施のために、裁判所が代理権を付与し、代理人を監督する具体的な必要性」を考慮して、個別の事案ごとに代理権の範囲を定める。複数（あるいは複数領域）の法律行為を対象とすることも認める。ただし、包括的代理権の付与は認めない。

¹⁰ ただし、開始の審判に際して、本人の陳述を聴かなければならないものとする。及び、ここで示された本人の意向を十分に考慮すべきことは、現行の後見等と同様である（現家事事件手続法 120 条 1 項等参照）。代理権の付与等の特別の審判に際しても、本人の意向は十分に考慮されなければならない。

②基本代理権セットの付与+個別代理権の追加付与型（基本パッケージ型）

- ・開始の審判の効果として、支援者に下記の代理権（基本代理権セット：ただし内容はさらに要検討¹¹⁾）を一律に付与する。

- ①意思表示の受動代理権¹²⁾
- ②本人の権利回復に関する代理権（名称と内容は要検討）¹³⁾
 - ☞本人に帰属する取消権、クーリングオフ権に関する代理権及び無効主張の代理権
- ③保存行為に関する代理権¹⁴⁾

- ・事案の必要上、基本代理権セットの付与のみでは本人の支援に不十分である場合は、請求権者（本人等）が代理権追加の審判（特別の審判）の請求を行い、特定の法律行為に関する代理権の追加的付与を求めるものとする。この代理権の追加的な付与についても、本人による請求または同意は不要とする。
- ・代理権追加の審判における請求権者（本人等）の申立ての範囲内において、家庭裁判所が、
①「当該代理権の対象となる特定の法律行為を伴う法的事務の実施を検討する具体的な必要性」と、②「当該法的事務の実施のために、裁判所が代理権を付与し、代理人を監督する具体的な必要性」を考慮して、個別の事案ごとに代理権の範囲を定める。複数（あるいは複数領域）の法律行為を対象とすることも認める。ただし、包括的代理権の付与は認めない。

¹¹⁾ 事理弁識能力を欠く常況にある者を市場社会に包摂するために最低限必要であると思われる代理権の付与が想定される。ただし、「終わらない後見」問題との関係において、なお考え方を整理する必要がある（基本代理権セットの機能を別の仕組みで代替できる可能性を残しておかないと、事理弁識能力を欠く常況にある者に対する保護措置が本人死亡まで終了できなくなる。）。制度設計としては①を取った上で、運用上、基本代理権セット（に相当する内容の代理権）を原則として一律に支援者に付与することも考えられる。また、取引相手等からのイニシアティブによって開始できる成年後見制度とは別の仕組み（民事訴訟法上の特別代理人に類する仕組み等）を創設し、基本代理権セットの一部機能を代替させる案についても、社会的なコストバランスの問題を視野に取めた上で検討する余地は十分にあるものと思われる。

¹²⁾ 民法 98 条の 2 の帰結として、意思能力を欠く状態が継続しているにもかかわらず、意思表示の受領代理人がない者は、理論上は、相手方からのアプローチがあっても契約関係に入ることができないことになり、本人自身が市場社会への参画に一定の不利益を被るおそれがある。もちろん、既に本人と一定の法律関係を結んでいる相手方に一定の不利益が生じることはいうまでもない（消滅時効の領域に限定しても、現民法 150 条 1 項の催告の有効性や 158 条の時効の完成猶予に関する問題が生じることになる。）。

¹³⁾ この代理権の射程に取消し等の効果として生じる不当利得返還請求権の行使等を含めるべきかについては、さらに検討すべきと思われる。

¹⁴⁾ 不在者の財産管理人の一般的な権限（現民法 28 条、103 条参照）を考慮するならば、本人の意思的関与がない状況においても、家庭裁判所が一般的に想定される本人の利益を保護するために、第三者に必要最小限の財産管理権を付与することは許容されうるものと解される。

(3)本人の行為能力の制限

- ・制度の利用開始に伴う行為能力の制限は行わない（行為能力の制限に基づく同意権・取消権等の付与は行わない。）¹⁵。
- ・本人の権利回復に関する保護は、原則として本人の権利回復に関する代理権（前掲(2)②参照）によるものとする。

(4)支援者の義務

- ・現行の本人意思尊重義務（現民法 858 条）の本類型における具体化として、「支援者が、その事務を行うに当たっては、本人の意思と選好に基づく最善の解釈に従わなければならない」旨の規定を導入することが望ましいと考える¹⁶。これに加えて、本人の意思または意向の確認等の具体的な行為規範を明示的に義務として規定することが検討されてよいと思われる¹⁷。

¹⁵（事理弁識能力の定義にもよるが）「事理弁識能力を欠く常況にある者」の判定が厳格に行われている限り、日用品の現実売買のような事案を除けば、制度を利用中の本人が自ら行った法律行為に関しては、その意思表示について本人が意思能力を有していなかったこと（現民法3条の2参照）について、事実上の推定が働くものと解される。さらにいえば、特に当該法律行為が支援者の代理権の対象とされていた場合については、本文中の代理権付与（パッケージ型にあっては代理権の追加的付与）の要件（本人自身による意思表示が困難なため、家庭裁判所が代理人に当該代理権を付与する必要があること）との関係上、その意思表示が無効である旨の事実上の推定がより強く働くものと考えられる。したがって、通常は基本代理権セットの「⑥本人の権利回復に関する代理権による保護（この代理権に基づく当該法律行為の無効の主張）」で、さしあたりの被害救済のための対応には足りるのではないと思われる。

¹⁶ 障害者権利条約の解釈の文脈において、「意思と選好に基づく最善の解釈（best interpretation of will and preferences）」は、一般に意思決定支援の一手法として位置付けられている（条約12条に関する一般的意見1号パラグラフ21参照）。しかし、解釈の主体は、本人ではなく、支援者側であるから、この手法はむしろ理論的にはラスト・リゾートとしての代理・代行決定の指針として理解する方が適切であると思われる（一般的意見1号はラスト・リゾートとしての代理・代行決定の余地すら認めないという厳格な立場を採っていることに留意する必要がある。）。なお、「意思と選好に基づく最善の解釈」の内容は、法律学における推定的意思の探求の手法と同質のものであるように感じられる。

¹⁷ 本人の意思または意向の確認等の具体的な行為規範の明示については、①事理弁識能力が不十分である者（事理弁識能力を欠く常況にある者を除く。）を対象とする制度〔同意型〕に対しても同様の規定を置くべきであると思われる。