

法定後見制度の改正に 関する提言

2022年1月22日

一般社団法人日本成年後見法学会
制度改正研究委員会

目 次

はじめに	1
1 法定後見制度の運用状況が示す現行制度の課題	2
2 障害者権利条約との適合性.....	3
(1) 障害者権利条約12条の要求.....	3
(2) 現行法定後見制度の不適合性.....	4
3 法定後見制度改正の要点	6
(1) 法定代理制度の必要性.....	6
(2) 必要性の原則に基づく一元的構造への転換.....	7
(3) 補充性の原則の明示.....	7
ア 適切な支援とは	7
イ 日常生活自立支援事業との関係	8
(4) 必要な範囲に限定した後見人の権限.....	8
ア 必要性の原則に基づく権限の付与	8
イ 法定代理権の付与が認められる場合	8
ウ 取消権付与	9
エ 医的侵襲行為に関する同意代行権限	10
(5) 本人の意思と選好を尊重する義務の明確化と意思決定支援規定の新設.....	11
(6) 公的後見制度の創設.....	12
(7) 法定後見制度の継続期間.....	13

はじめに

1999（平成11）年に改正された現行法定後見制度は、制度の枠組みにつき、判断能力の障害を3類型に分けて段階的に保護する多元的制度を採用している。これは旧制度である禁治産、準禁治産の2類型に、補助制度を加えて3類型としたものであるが、このような多元的枠組みとした理由について、立案担当者は、実務上一定の基準が必要であること、旧制度との連続性、多元的制度をとって類型に振り分けても、その後に保護の必要性に応じて各人ごとの保護措置を個別具体的に決定することで最終的には各人の個別的な状況に合致した柔軟かつ弾力的な保護措置とすることができる等をあげていた（注1）。確かに、補助類型は、本人の意思に基づき、必要な範囲で補助人に権限を付与するものであり、個々の必要性に応じた柔軟な制度となっている。

しかし、法定後見制度の利用状況を見ると、後見類型に大きく偏り、保護や支援の必要性に応じた利用とはなっていない。後見事務の運用は財産保護的傾向が強く、柔軟性に欠けている。それを反映してか、利用者数は西欧諸国に比べると非常に少ない（注2）。

また、わが国は、2014（平成26）年2月に障害者の権利に関する条約（以下、障害者権利条約という。）を批准したが、現行の後見・保佐制度は、個別の必要性ではなく、判断能力の障害という一事により行為能力を制限する点において、同条約12条2項に抵触するおそれが強い。

現行の類型主義に基づく制度のわく組では、後見偏重を改善し、柔軟かつ弾力的な運用を期待することは困難であること、なにより障害者権利条約に抵触していると言わざるを得ないことから、当委員会は2019年5月の当学会学術大会において、これを解消するに必要な改正の方向性に関する提言概要を報告した（成年後見法研究17号55頁）。本提言は、その内容を具体的に示すとともに、この間の議論状況を反映させ、かつ比較法的検討も加えたものである。

なお、本委員会は2008（平成20）年7月、「法定後見実務改善と制度改正のための提言」を行ったが、これは現行の3類型の枠組みによる制度を前提として、成年後見制度をより機能的で利用しやすいものとし、また判断能力が減退した者の権利擁護の制度としてより実効性のあるも

（注1） 法務省民事局参事官室「成年後見制度の改正に関する要綱試案補足説明」（平成10年4月14日）（以下、「補足説明」という。）6から7頁。

（注2） 国際的な状況を見ると、最少でも総人口の1%が潜在的利用者となると言われている（新井誠「成年後見制度利用促進法と円滑化法の意義」実践成年後見No.63・4頁）。ドイツでは、2015年末で法定後見に相当する制度の利用が127万6538件であり、それ以前からほぼ130万件で推移している（Horst Deinert, Betreuungszahlen2015, BtPrax 6/2016, pp218-2203（新井教授提供））。人口比約1.6%となる。またフランスの法定後見利用者数は、2015年で、保佐33万2000、後見38万3000となっている（フランス政府2020年9月3日公表・国連障害者権利委員会に対する「フランスの初回報告に関する質問事項への回答」から（清水恵介本委員会委員翻訳）。人口比1.07%である。日本では、2020年に至ってもなお人口比0.18%でしかない。

のとすることを目的とするものであった。2000年から施行されて期間も短く、さまざまな改善も期待されたことから、現行の枠組みのなかでの検討に止めたという経緯がある。

その後の運用でさまざまな問題点が指摘され、2017年3月24日閣議決定された成年後見制度利用促進基本計画（以下、「利用促進基本計画」という。）に基づき運用改善策が進められているが、現行制度の類型主義や必要性の原則が導入されていないこと等による限界が見えてきている。また障害者権利条約との適合性を考えるとき、現行3類型のわく組を維持することは困難との結論に至ったものである。

1 法定後見制度の運用状況が示す現行制度の課題

2020年の法定後見申立件数は35,959件、同年12月末現在の成年後見制度利用者数は232,287人であり、前述のとおり未だ非常に少ない利用状況にあるが、あわせて後見の利用者数が174,680人であるのに対し、保佐は42,569人、補助は12,383人の利用数しかなく、後見類型への偏りが非常に大きい（注3）。1999年改正の要ともいうべき補助の利用は、補助制度創設後20年が経過してもきわめて少ない。これは、後見類型偏重の運用（注4）とともに、成年後見制度は判断能力が喪失するまでに至った後に、必要に迫られて初めて利用するという実情を示している。

このような実情の背景には、成年後見制度により、第三者が大きく介入し、さまざまな権利が奪われるととらえ、利用に消極的になるということがあり、また、保護を重視する成年後見人等により、本人の意思が軽視されるのではないかという不安もあると言われる。

これまでの運用を見る限り、財産保護重視の傾向となっていることは認めざるを得ない。日常生活に関する行為の取消権はなくなり、後見人等の権限の行使においては、本人の意思の尊重が求められているが（民858条、876条の5第1項）、事理弁識能力がないと家庭裁判所で認定された後見類型において、後見人に包括的な財産管理権が付与され、あわせて善管注意義務が課されることとなると、後見人は、意思の尊重と保護とのはざまに迷い、保護的傾向とならざるを得なくなる（注5）。事理弁識能力がないとされた被後見人の意向がその最善の利益に反するとき、その意向をどこまで尊重すべきか、判断が容易でないことも多い。

また現行類型の下では、後見人や保佐人の介入の程度はきわめて大きく、被後見人は日常生活に関する行為以外完全な法律行為はできず、被保佐人も、代理権付与がなくとも同意なき限りほとんどの法律行為が取り消され得ることとなるため、その行為能力は大きく制約される。

（注3） 最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況－令和2年1月～12月－」。

（注4） 後見類型偏重の運用に関しては、柴田洋弥「知的障害のある人の後見類型偏重と診断書・鑑定書書式の改訂」（実践成年後見No.90・15頁）が、成年被後見人選挙権裁判や成年後見制度利用促進委員会における議論を紹介しながら問題点を指摘している。

（注5） 現行制度は、自己決定権の尊重と保護との調和をめざしているが（補足説明1頁）、その判断は後見人等に委ねられる。

利用促進基本計画では、現行制度にはメリットを実感できないとの批判があると指摘されている。この批判は、社会生活上の大きな支障が生じているわけではないが、地域で生活することにつき支援を求めたいという者にとってはメリットが実感できないということであろう。ただし、成年後見制度が、判断能力に障害をもつ者の権利擁護のうえで大きな役割を果たしていることも正当に評価すべきである。高齢者や障害者の虐待防止法が虐待防止のための成年後見制度の利用を定め、市区町村長の申立てが、着実に増加していることもそれを示している(注6)。

確かに、必要に迫られて初めて利用するという利用の実情は、その批判に示されるような受け止め方があることを裏付けているものとも思われる。利用促進基本計画は、そのうえで、運用の改善により、このような支援を求める者の需要にも応じられるようにしようとする。その方策は、本人の意思の尊重、適切な意思決定支援を実務に定着させ、本人の意思や意向に沿った支援を実現させ、利用の促進を図ろうとするものである。

その方向性に異論はないが、現行3種類の制度を前提とする限り、限界は大きいであろう。行為能力制約の程度には何ら変わりはなく、また事理弁識能力喪失者と認定したうえで、個別の必要性を考慮せずに後見人に包括的権限を付与し、善管注意義務を負わせるという構造においては、後見人はいわば保護者的立場となり、事務処理は保護的にならざるを得ないからである。また、利用をためらう理由として一度利用を始めると必要がなくなっても中止できないことが指摘されているが、後見、保佐に関しては法改正しか解決の道はないであろう(注7)。

2 障害者権利条約との適合性

(1) 障害者権利条約12条の要求

障害者権利条約12条2項は、「締約国は、障害者が生活のあらゆる側面において他の者との平等を基礎として法的能力を享有することを認める」とし、同条約5条(平等及び無差別)と相俟って、障害者にも障害のない者と平等に法的能力を保障することを求めている。他方、同

(注6) 前掲(注3)の概況によれば、2019年の市町村長申立ては、全申立ての22%となっている。

(注7) 第2期成年後見制度利用促進基本計画に盛り込むべき事項(成年後見制度利用促進専門家会議、令和3年12月)では、成年後見制度については、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・期間で利用できるようにすべき(必要性・補充性の考慮)、三類型を一元化すべき、終身ではなく有期(更新)の制度として見直しの機会を付与すべき、本人が必要とする身上保護や意思決定支援の内容やその変化に応じ後見人等を円滑に交代できるようにすべきといった制度改正の方向性に関する指摘、障害者の権利に関する条約に基づく審査の状況を踏まえて見直すべきとの指摘があることを踏まえて、成年後見制度の見直しに向けた検討を行うとした。

条約12条3項は、「締約国は、障害者が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をとる」とし、同条4項では、「締約国は、法的能力の行使に関連するすべての措置において、濫用を防止するための適当かつ効果的な保障を国際人権法に従って定めることを確保する」とするとともに「可能な限り短い期間に適用されること」としていることから、法定代理の制度、行為能力の制約は、厳格な基準の下における必要最小限のものであれば認められていると解される。したがって、また、個別の必要性を考慮しない制度は許容されない。

なお、同条約12条2項の行為能力の平等享有に関し、国連障害者の権利委員会一般的意見は、いっさいの制約を認めないとの立場をとるが(注8)、遷延性意識障害のある者に代理・代行決定が不可欠であることや人権の保障と制約に関する一般的理解からみるならば、厳格な基準の下での合理的な制約は許容されていると解すべきである。そして、同条4項はその厳格な要件を示していると解される。成年後見制度は、その法的能力の行使に関連する措置に含まれ、その法定代理権や取消権は、合理的な理由と厳格な基準に基づく限り認められるものと考えられる(注9)。

(2) 現行法定後見制度の不適合性

障害者権利条約12条においても許容される行為能力の制約は、当然のこととして、合理的で必要かつ最小限のものでなければならない。

しかし、現行の後見及び保佐の類型は、本人の個別の必要性を考慮せず、判断能力の障害の程度により一律に行為能力を制限する。後見類型では、成年後見人に包括的な代理権と取消権を付与し(民法9条、859条1項)、保佐類型では保佐人に包括的な同意権・取消権(同法13条各項)を付与している。

これは、判断能力の障害の存在とその程度が保護の必要性と内容を示すとして行為能力を制限するものであるが、それは必ずしも直結するものではなく、さらに障害の存在を理由として、個別の必要性を考慮せずに行為能力を制限するものであるため、個々の障害者本人に対する関

(注8) 国連障害者の権利委員会一般的意見第1号(2014年)。川島聡「障害者権利条約12条の解釈に関する一考察」(実践成年後見No.51・75頁)。

(注9) 川島・前掲(注8)74頁、フォルカー・リップ(新井誠訳)「支援及び成年者保護」成年後見法研究No.13・150頁。国連障害者権利条約12条は、法定代理支援を否定していないとするのが締約国の共通の解釈でもある(上山泰「現行成年後見制度と障害のある人の権利に関する条約12条の整合性」上山泰・菅富美枝編『成年後見制度の新たなグランドデザイン』(法政大学出版局)93頁)。ドイツ連邦政府と各州は、世話法に関する再検討を行い、2011年10月発表の報告書において、世話法が障害者権利条約の目的と一致しており、現代に最も即した成年者保護法の一つであると述べ、必要不可欠な範囲の法定代理支援や同意権留保は、同条約に抵触するものではないとの解釈を示している(新井誠訳「ドイツ世話法に関する学際ワーキンググループ最終報告書」実践成年後見No.45・106頁以下、No.46・103頁以下)。

係では、不合理な差別にもなると言わざるを得ない（注10）（注11）。

もっとも、現行制度は、あらかじめ後見人・保佐人の広範囲の権限を法定するが、現実の行使においては本人の意思を尊重し、身上に配慮することを義務づけていることから、制限は必要な範囲にとどめられ、本人の権利は尊重されているとの見解もある（注12）。また、成年後見人等の取消権は、取り消すことができるというにとどまり、本人は自ら法律行為をすることが可能である（注13）。

しかし、例えば本人保護のためであっても、前もって他者に介入する権限を付与することは、それ自体が行為能力を制約することである。そして、他者に対する権限付与において、本人の個別の必要性を考慮しないということは、必要最小限の制約ではないことを意味する。

また、必要性の判断をその権限を行使する後見人等に委ねるならば、常に濫用の危険がつきまとうことも指摘せざるを得ない。現に、この間の運用で、意思尊重義務は必ずしも権限行使の制約とはなっていないことが示されている。これは、単に運用上の問題にとどまらず、包括的な権限を付与したうえで、権限を行使する者に必要性を判断させるという構造自体から生じているものと考えられる。

現行制度採用の理由として、現行の後見と保佐の2類型のように予め一定の範囲の保護措置を法定しておくことは本人の保護に厚く、これにより運用の基準がもうけられる等の実務上の利点があると説明されたが（注14）、それが、障害者権利制約における原則をまげてまで採り得るほどの理由になるとは考えられない。

（注10） 補足説明は、取消権にとどまらず、「代理権に関しても、本人の意思に基づかず、他人がした法律行為の効果が有利不利にかかわらず無条件に本人に帰属してしまうという点では、取消権以上に本人の自己決定に対する制約及び濫用の危険性という面があることは否定でき」ないとしていた（補足説明9頁）。

（注11） 現行制度採用において、多元的制度の枠組を採る法制として参考にされたフランス法は、単に判断能力障害の程度を理由に類型化しているわけではない。保護措置については必要性と補充性の原則が適用されることを明記し（フランス民法典428条）、法定後見開始の共通要件を「あるいは精神的能力についての、あるいはその意思表示を妨げる性質の身体的能力についての、医学的に証明された減退を理由として、単独でその利益をはかることが不可能であるすべての者」（同法425条1項）とし、「一時的な法的保護又は特定の行為の遂行のための代理を必要とする者」（同法433条1項）を司法的救助、「民事生活の重要な行為において継続的な仕方で援助され、又は監督されることが必要である者」（同法440条1項）を保佐、「民事生活の行為において継続的な仕方で代理されなければならない者」（同条3項）を後見としている。また、保佐と後見の相違も相対的で審判による権限の変更が広く認められている。以上につき、田山輝明総括「各国の成年後見法制に関する調査研究報告書」（山城一真）（商事法務研究会）6頁以下、今尾真「フランス成年者保護法改正の意義と理念」（新井誠ほか編『成年後見法制の展望』（日本評論社）165頁以下）。

（注12） 障害者の権利に関する条約第1回日本政府報告（2016年6月提出）の第12条の項では、選任された成年後見人は本人の意思を尊重し、その身上に配慮する義務を負い（民法858条）、これにより、本人の権利、意思及び選好の尊重が図られていると説明されている。

（注13） 補足説明9頁は、この点を強調する。

（注14） 補足説明7頁。

後見と保佐の2類型は、同条約12条2項、4項に抵触していると言わざるを得ない(注15)。

3 法定後見制度改正の要点

現行法定後見制度の以上の問題点を踏まえるならば、現行制度は制度の枠組みから改正することが不可避と考えられる。

以下にその方向性を示す。

(1) 法定代理制度の必要性

私的自治、契約社会においては、法律行為の意思能力に障害がある本人を保護する必要性を軽視できず、法定代理を排除した意思決定支援だけ、あるいは任意代理だけでは本人の身上保護や権利擁護に十分とは言えない(注16)。前述の通り、障害者権利条約を批准しても法定代理制度を否定する国はなく、本人の状況に応じた法定代理支援の必要性が高いことは国際的共通認識であるといえることができる。

他方、本人が法律行為の意思能力を喪失したときにのみ法定代理を許容し、その他の場合は、意思決定支援により支援すべきとの考え方もあるが、当該法律行為の意思能力の有無を個別に判断することが容易でないことも多く、その意思能力の有無の判断が不安定になり、却って取引から阻害されるおそれも生ずる。また判断能力に障害のある者の法律行為の支援に公的監督のない任意代理を使用することには、常に濫用の危険がともなう。公的監督がある法定後見制度の役割は大きいと言うべきである。ただし、身上にしても財産にしても、主体は本人である。法定代理制度であっても、その本人の意思を制度の基礎に置かなければならない(注17)。

(注15) 2016年9月、ベルリンで開かれた第4回成年後見法世界会議は、法的能力の行使に支援等を必要とする成年者の法的支援と保護のためのシステムに関する宣言を採択したが、そのなかで、法的支援と保護に関する基本原則の(5)として、「支援と保護の措置が個別事案に適用される場合には、当該措置の目的を達するために必要最小限の介入に限定されなければならない。」とし、日本の課題において、「(1) かつての禁治産宣告のような意思決定のあらゆる分野において能力を剥奪する制度は廃止されるべきである。(2) 成年者の法的支援と保護に必要な範囲における最も制約の少ない制度としてのみ能力制限は許容されるべきである。」とする宣言を採択している(新井誠「資料 横浜宣言(2016年改訂版)」実践成年後見No.65・7頁)。これが、この分野の原則に関する国際的な共通認識である。

(注16) 身上保護の意義については、新井誠「成年後見における身上保護の意義・覚書～国際的潮流も踏まえつつ～」実践成年後見No.79・5頁。

(注17) 障害者権利条約との関係で問題となるのは、本人の意思を排除した代理・代行決定である。本人に法律行為の意思能力がないときは代理人による決定となるが(ただし、本人の意向は尊重される)、本人に意思能力があるときは、その意思決定に基づく法定代理があり得る。これは本人の意思を実現する支援ともなる。

(2) 必要性の原則に基づく一元的構造への転換

精神上の障害により、法律行為の意思決定に困難がある者につき、その必要に応じ、必要な範囲で後見人（注18）に権限を付与するものとする。

法定後見制度のあるべき方向は、類型による一律的保護ではなく、支援や保護の必要性を基礎に置くべきであり、個別の必要性がないにもかかわらず、他者に介入する権限を与えることは認められない。現行制度との対比で言うならば、後見、保佐の2類型を廃止し、補助制度を基礎とする一元的枠組みに改めることである（注19）。

現行制度は、事理弁識能力という画一的精神能力を措定し（注20）、3類型にわけて行為能力を制限しているが、既に述べたようにこのような制約は障害者権利条約に反し、認められない。

ただし、法定後見制度は基本的に法律行為に関する制度とすべきである。事実行為も対象とする制度とするときは後見人の負担が過大となるからである。

(3) 補充性の原則の明示

本人が現に必要かつ適切な支援を受けているときは、法定後見は開始されないものとする。

ア 適切な支援とは

法定後見制度は、他者が介入し、本人の行為能力を制約する制度である。他者の介入は抑制的であることを要するとの基本原則からみるならば、適切な支援を受けて自ら意思決定でき、かつ適切な支援者が確保でき、重要な法律行為も予定されていないときは、法定代理による保

(注18) 制度のわく組を一元化した後の支援者の名称については検討の余地もあり得るが、当面、定着している成年後見人もしくは後見人の用語を使用する。

(注19) 類型主義を維持しているフランスの法定後見制度が日本法における画一的な制度とは相当に異なっていることは前掲（注11）のとおりであるが、しかし、同制度下においても類型が前提となっているため、運用においては、単純な後見が後見全体の95%、強化型保佐（保佐人に一種の預金管理権が付与されているもの）が保佐全体の90%を占め、保護措置の個別化が行われない例が多く、このため、フランス成年後見制度の改正に関する報告書（司法大臣、連帯・保健大臣等による委嘱に基づきアンヌ・カロン・デグリズ破毀院裁判官が作成。2018年9月公表）のなかで、保護措置の一元化が提言されている（山城一真「フランス成年後見法の動向」実践成年後見No.88・93頁以下のうち98頁）。

(注20) 民法は、事理弁識能力という画一的概念を定め、これにより類型分けをするが（7条、11条、15条）、その内容は法律行為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りる能力で、意思能力とは異なるものとされる（小林昭彦＝原司『平成11年民法一部改正法等の解説』（法曹会）64頁）。したがって、これは法律行為の意味を理解する能力である意思能力とは、その能力の程度においても、また画一的である点でも異なることとなるが、その能力の現実的な違いを明確化することは容易ではない。利用促進基本計画が、類型判別が適切になされているとは言い難いと指摘した現行の運用の背景にはこのような事情もあるものと考えられる。ここには、千差万別ともいべき人の能力を3類型に分けようとするところから生ずる実務上の困難さがあるように思われる。しかし、3類型を廃止して一元化するときは、このような区分けも必要がなくなる。

護・支援の必要性はない。

ただし、適切な支援がなされているか否かの判断は慎重であることが求められる。家族や親族が援助していれば法定代理の保護は不要だとは必ずしも言えない。周囲の支援者が適切な監督がないまま高齢者や障害者の財産管理をすることを無条件で容認するのは、濫用や財産侵害を放置することにつながるおそれがある。

イ 日常生活自立支援事業との関係

日常生活自立支援事業は、契約により福祉サービスの利用援助等を行う制度であり、主に社会福祉協議会が運営していることから、信頼できる身近な支援制度として定着している。この制度により、安定した支援が行われているときは、法定代理制度の利用は必ずしも必要がないと考えられる。特に日常の金銭管理に関してはこの制度の支援で足りることも多い。ただし、意思決定支援が困難であり、また重要な法律行為を必要とする、あるいは複雑又は多額の財産の管理を必要とする等の場合は、法定後見制度を利用することが相当である。

(4) 必要な範囲に限定した後見人の権限

本人の個別の必要性に基づき、必要な範囲で後見人に対して権限を付与する。

ア 必要性の原則に基づく権限の付与

家庭裁判所は、判断能力に障害がある者に対し、その申立てあるいは同意に基づき、必要な範囲で、特定の法律行為につき、本人に取消権を、後見人に同意権と取消権及び代理権を付与することができるものとする。

本人が、判断能力の障害により、支援を受けても権限付与等に関する意思決定ができない常況にあるときは、家庭裁判所は、保護に必要な範囲で、特定の法律行為につき、本人に取消権を、後見人に代理権及び取消権を付与することができるものとする。

以下、具体的に述べる。

イ 法定代理権の付与が認められる場合

(ア) 本人に生活や療養看護及び財産に関する法律行為につき意思能力がないと認められる場合

最も軽微な法律行為についても、意思決定支援を受けても決定する能力が認められない場合である。この場合に法定代理による保護が必要であることは論ずるまでもないと考えられる。

(イ) 意思決定支援を受ければ法律行為ができる者に対する代理支援

契約等の法律行為を行うプロセスにおいては、その意思決定と具体的な契約行為とは、区別して考えることができる。本人が意思決定支援を受けて決定をし、法定代理人がその決定に基づき契約行為を行うという方式の支援が考えられ、むしろこのような支援を本人が望むことも多い。

この場合、あくまでも支援を受けて本人が契約すべきだとの考え方もあり得るが、すべての法律行為を支援を受けた本人が行うべきだとするのは、本人に過大な負担を負わせることがあ

り、また必要な法律行為が適時になされなくなるおそれもある。行為の相手方も当該契約の有効性の判断に困惑することになる。さらに、本人が、煩雑さを回避しようとして自ら行うことを望まない場合もある。そのようなときの代理支援の必要性は高い。

そして、権限の濫用を防止するため、このような者に対する法的支援は公的監督がなされ、権限が公的に証明される者が行う必要がある。

(ウ) 任意後見契約でその要請は満たされるか

本人の意思決定を重視し、単独では意思決定ができない者の代理支援は、任意後見をもって対応すべきであるとの考え方もある。

しかしながら、すべての者が予め任意後見契約を利用することは考えられない。また、判断能力が減退した者が締結する任意後見契約においては、受任者が自己に不当に有利な条件に誘導する多くの濫用例が報告されている。これらの濫用を完全に防止することは困難であり、任意後見制度のみで対応することには限界がある（注21）。

ウ 取消権付与

ここで問題となるのは、成年後見人が法律行為の取消権を持つことである。

後見人に対する取消権の付与がなされても、それにより直ちに本人が法律行為をすることができなくなるわけではない。

しかし、本人が行った法律行為を本人以外の者が取り消すことができるということは、本人の行為能力を直接制限することであり、障害者権利条約12条に抵触する可能性がある。

他方、判断能力の減退した者を狙った財産侵害行為は後を絶たず、高齢者虐待防止法及び障害者虐待防止法でも財産上の不当取引による被害防止のための条項を設けている（高齢者虐待防止法27条、障害者虐待防止法43条）。その対策として消費者保護法制が一定の役割を果たしているが、これだけでは十分とは言えず、後見人に取消権を付与する必要性は高い。1999年の改正以前は、準禁治産保佐人の取消権は、条文上は認められていなかったが、保護の観点から、必要性が強く主張されて導入されたという経緯もある（注22）。

(注21) 任意後見契約が登記されている場合でも法定後見を開始する必要がある場合として、高松高裁令和1年12月13日決定（判時2478号70頁）は、①法的権限が不十分である場合、②不当な高額報酬の設定など任意後見契約の内容が不当な場合、③任意後見法4条1項3号に該当するように受任者に不適格な事由がある場合、④任意後見契約の有効性に客観的な疑念のある場合、⑤本人が法定後見制度を選択する意思を有している場合などをあげ、水戸家裁令和2年3月9日審判（判時2490号44頁）は、任意後見監督人選任申立てと法定後見開始申立てがなされた事案で、その権限を濫用される具体的なおそれまでは認められないものの、公平らしさという点で問題が残ることから同意権・取消権のない任意後見では保護に万全を期する点で問題があるとして、法定後見を開始した。

(注22) 広島高裁令和2年8月3日抗告棄却決定（判時2495号63頁）は、双極性感情障害で激しい躁状態の時には浪費と契約を重ね多額の借金をしたりし、周囲の助言を聞くこともまず無理で、本人に非常に大きな経済的不利益をもたらすことが認められることから、取消権の保護が必要とし、保佐人選任の審判がされ、その抗告審係属中に任意後見契約が締結された例で、保佐開始をした原審を維持した。

必要性の原則にしたがい、かつ取消権付与は本人の意思に基づくこと及びその行使における本人の意思の尊重を条件とすれば、特定の行為に関して取消権を許容することができると考えられる。したがって、本人に意思能力があるときは、特定の行為につき後見人の同意を必要とし、同意なくしてなされた行為は取り消し得るものとする。

また、本人に、取消権付与に同意する能力がないときは、家庭裁判所が本人の個別の必要性に基づき厳格な要件の下に、特定の行為について、後見人に取消権を付与することができるとする。意思能力がなければその行為は無効となるが、意思無能力無効を立証することはそう容易ではないからである。

上記いずれにおいても、身上もしくは財産に対する具体的な著しい危険（不当な勧誘によりあるいは衝動的に契約等を行ってしまう具体的なおそれ等）が存在し、介入が必要となることを要件とする。このように保護の高度の必要性の要件を付することにより後見人に取消権を付与することが許容されることが考えられる（注23）。もとよりこの場合も、行使においては、本人の意思（意向や推定的意思）の尊重原則がはたらく。

エ 医的侵襲行為に関する同意代行権限

家庭裁判所が、申立てにより後見人に対し、必要な範囲で同意代行権限を付与することができるものとする。

この代行権限の付与は、現実に医療行為を行う必要があるときに当該医療行為につき同意代行権を付与するとの趣旨ではなく、医療行為が必要となる可能性と本人の医療に関する決定能力等を踏まえて、事前に特定の範囲の医療に関する同意権限を付与することができるものとするものである。ただし、当該医療行為により死亡するおそれや重大かつ長期に及ぶ心身の障害を及ぼす可能性のある医療行為については、その可否を審査する機関を設け、その承認を要する制度とすべきである（注24）。

(注23) ドイツ世話法ではこのような厳格な要件の下に同意留保を命じることができるとされている（ベーム＝レルヒ＝レースマイヤー＝ヴァイス著・新井誠監訳・上山泰解題『ドイツ成年後見ハンドブック』（勁草書房）53頁）。これは、被世話人の行為には世話人の同意を要するものとし、同意なき行為は不確定無効とするものである。無効とされる点だけ見ると日本法における取消権より制限的要素が強いように思われるが、被世話人は同意留保をされた特定の行為についてのみ制約されるものであり、他の行為については制約されることはなく、行為無能力者とみなされるわけではない（神野礼斉「ドイツ世話法の概要」新井ほか編・前掲（注11）『成年後見法制の展望』161頁）。包括的に取消権が付与される日本法制とは大きく異なる。

(注24) 成年後見人の代理権は財産に関する法律行為に限られ（民法859条1項）、またもともと代理権は一身専属行為には及ばず、さらに医的侵襲行為に対する同意は法律行為とも言えないことから、成年後見人には侵襲的医療行為に対する同意代行に関する規定は導入されていない（補足説明49頁）。このため、本委員会は、「法定後見実務改善と制度改正のための提言（平成20年7月）」において、判断能力を喪失した者の医療同意代行システムを創設すべきことを提言した。ここでその必要性に関する詳細な理由を示しており、それは現在も変わらない。なお、これと同様の観点から、日本弁護士連合会は、2011年12月15日、医療同意能力がない者の医療同意代行に関する法律大綱を策定している。

この場合も、本人に医療に関する決定をする能力があるときは本人の申立てに基づき、その能力がないときは、本人の医療を必要とする状況により家庭裁判所が付与することができるものとする。

医療に関する決定権は人格権であり基本的に一身専属権とされるが、医療の高度の必要性があっても、本人に決定ないしは同意する能力がなく、他に同意する者がいないことから、適切な医療が受けられないという事態が現実が生じている。がんや大腿骨骨折治療の手術が必要だが、同意する者がいないためこれができないという例などが報告されている。医療を必要とする者に医療が提供できないというこのような事態は放置できない。

もとより意思決定支援により本人が当該医療に関する決定をすることができる限りこのような権限は不要であり、第一次的には意思決定支援を尽くす必要がある。また意思が推定できるときは、原則としてこれにしたがって医療行為を行うことは許容される。このプロセスに関しては、厚生労働省により、平成30年3月、「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（改定版）」が公表され、また人生の最終段階以外の医療においては、「身寄りの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」で、同様のプロセスで決定していくことが提唱されている（注25）。

このガイドラインにより判断能力減退者に対する医療決定プロセスが相当程度明確になったということが出来るが、推定もできない場合については、医療・ケアチームが家族等（本人との信頼関係がある者）と話し合いをして決めることになっている。

しかし、家族と言っても本人との関係はさまざまであり、さらにその他となるとその関係の確定はむずかしい。また、身近な家族以外の者が、人生の最終段階という局面や重要な医療行為について、どこまで話し合いで役割を果たすことができるかとなると疑問が残る。家族がない場合の多くは医療ケア・チーム、特に医師が決定することになるのではないかと推測される。仮に複数の専門家からなる話し合いの場（ガイドラインは、医療・ケアチームで決定できないとき等にこれを求めている）を経るにしても、その法的位置づけは明確ではない。治療のため高度の医療の必要性があるときは違法性が阻却されると解しても、それは個別のケースごとの判断になるため、不安定である。少なくともこのような場合に対処できる法整備が必要と考えられる。

(5) 本人の意思と選好を尊重する義務の明確化と意思決定支援規定の新設

民法858条の意思に選好を加え、意思や選好を尊重し、かつ身上に配慮する義務とし、さら

(注25) 厚生労働省平成30年度地域医療基盤開発推進研究事業「身寄りがいない人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」（2019年5月、研究代表山縣然太郎）

に本人の意思決定の支援を適切に行うものとする旨の文言を付加する（注26）。

同条で言う意思には、推定的意思や希望・選好も含まれると解されているが、より明確にすべきである。

本人が主体であるから、後見人の権限行使は本人の意思に基づくべきであるが、他方で、本人保護の重要性を考慮するならば、やはり調和が求められることから、改正においても本人の意思の尊重とし、また現行制度と同様に権限行使の理念とするのが相当と考えられる。

ただし、調和とは言うが、現行制度における「尊重」の解釈においても、事理弁識能力がある保佐、補助では本人の意思が優先し、本人の身体や財産に重大な不利益が生ずるような場合に限り、保護が優先すると解されている。本人の利益保護が重視されているのは後見の場合である（注27）。

改正法においては、本人の意思能力の有無を基準とし、意思能力があると認められるときは同様に解することとなる。意思能力がない場合は、本人の過去の考え方や生活状況と適合するときは選好等を優先し、適合しないときは主観的最善の利益の観点から判断することとなる。

意思決定支援に関しては、現行法においても、後見人の事務の指導理念である本人の意思の尊重義務から導かれると解される。本人の意思を尊重するには、その意思をくみ取らなければならず、そのためには意思決定支援が必要となるからである。しかし、その重要性に鑑み、これを明示する規定をもうけるということである。

ただし、意思決定支援の概念は抽象的であり、本人の状況により要求される支援の内容はさまざまであるから、これを法的に特定することは困難である。したがって、この条項も理念的規定とすることが相当と考えられる。

(6) 公的後見制度の創設

特別の事案に対応できる公的後見制度を創設する。

制度創設の必要性は、意思決定能力が減退した人を支えることは社会全体の課題であり、成年後見制度がこれらの人々を支援し、共生社会を実現することに資する重要な手段でもあるということから、根拠づけることができる（注28）。

(注26) 障害者権利条約12条4項は、法的能力の行使に関連する措置が、障害者の権利、意思及び選好を尊重することを要求する。田山輝明「障害者権利条約と成年後見制度」成年後見法研究10号25頁は、「選好」の文字を挿入すべきとする。

(注27) 小林＝原・前掲（注20）『改正法等の解説』117頁は、保佐の場合、保佐人の価値基準ではなく、被保佐人の価値基準にしたがうことが、本人の身上にも配慮した結果を生むことがあるとし、まずもって尊重されるべきは被保佐人本人の意思であると説明していた。小西洋「成年後見人等の財産に関する権限と限界」松原正明＝道垣内弘人編『家事事件の理論と実務 第3巻』（勤草書房）158頁は、後見と保佐・補助では意思尊重の程度が異なると指摘する。

(注28) 成年後見制度利用促進法1条。

なお、第2期成年後見制度利用促進基本計画に盛り込むべき事項には、虐待等の支援困難な事案につ

その役割は、資産がない者にも後見支援を可能とすること、また、いわゆる高度の困難案件、たとえば、本人の障害特性や関係者の利害が先鋭的に錯綜している等のため一般の後見人では対応できない事案に対処することにある。特に後者の案件に対応するには、相応の資質と技術及び公的な立場が必要となるからである。

現在は、後見の費用を負担できない案件については後見人の負担で対応している。費用補助制度である成年後見制度利用支援事業は未だ不十分であり、補助制度の拡充が必要ではあるが、これだけでは足りないと考えられる。また、高度の困難案件に対応する仕組みは、現在、存在しない。

これらについては、法人後見を活用することも考えられるが、それは、非常に負担が重いにもかかわらず相応の報酬も付与できない事案の対処を民間の善意に期待するというものであり、限界が大きすぎる。

(7) 法定後見制度の継続期間

障害者権利条約12条4項は、制度利用は可能な限り短期間とすることを要求していることから、家庭裁判所が5年ごとに、継続の必要性を審査するものとする。

成年後見による支援や保護は、本人の個別の必要性に基づいてなされるべきものである。したがって、その必要性がなくなれば取り消すことになるが、その申告を判断能力が減退した本人に行わせるのは困難であり、また現に権限を行使している後見人に委ねても適切におこない得るとは言い切れない。その制度利用の必要性について定期的に家庭裁判所が審査して、必要がないと判断されれば職権で取り消すものとし、その期間は5年とする（注29）。なお、開始決定の効力継続期間を限定することも考えられるが、期間を限定して当然効力消滅とするときは期間経過時に保護の間隙が生じ、また法定後見制度利用に反対する関係者により紛争が再燃するおそれ等の混乱が生ずるおそれもあるため、見直しの機会をもうけるものとした。

以上

いては、専門職後見人や一般的な法人では対応が困難な場合があると指摘されているため、そのような事案を受任する法人が都道府県等の適切な関与を受けつつ後見業務を実施できるよう法人の確保を含め検討するとしている。それ自体は評価できることであるが、相当な公的関与がなされない限り、このような事案の対応は困難と考えられる。

(注29) ドイツ世話制度においては、法定後見（世話）と同意権留保の存続期間に最長7年間との制限を設ける（ドイツ家庭事件及び非訟事件の手續に関する法律295条・297条——上山泰『専門職後見人と身上監護〔第3版〕』（民事法研究会）86頁）。フランス法の下では、2015年改正以前は存続期間最長5年間とされていた（改正により、判断能力の回復が見込めない場合は10年間、更新後は最長20年とすることが可能となっている（同民法典441条、442条））。