

「民法（成年後見等関係）等の改正に関する中間試案」に関する意見書

本意見書は、日本行政書士会連合会が、成年後見制度に関わる以下の行政書士による四つの専門職団体から寄せられた現場の実情に基づく知見及び当該知見に基づき導かれた意見を集約し、取りまとめたものです。

- ・公益社団法人コスモス成年後見サポートセンター
- ・公益社団法人成年後見支援センター ヒルフェ
- ・一般社団法人北海道成年後見支援センター
- ・特定非営利活動法人おかやま成年後見サポートセンター

より良く、かつ利用しやすい成年後見制度の実現という観点から、以下のとおり意見を提出いたします。

1. 法定後見制度の枠組、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（改正試案 P1 第1 1 (1)）

《要旨》

開始の必要性を保護の要件とする制度が望ましいと考えます。

《意見》

現行の後見類型における本人の事理弁識能力のみを判断基準として包括的な代理権を付与する仕組みは改正すべきと考えますが、【乙1案】【乙2案】ともに開始の必要性を保護の要件とすることによって、このような現行制度の問題点が解消されることが期待されます。

ただし、【乙1案】のように一元化されると事理弁識能力を欠く常況にある者についても個別に代理権・取消権の範囲およびその必要性について都度検討しなければならず、開始手続きが今以上に煩雑となり利用促進の妨げになる可能性があります。

その点については【乙2案】のように、事理弁識能力を欠く常況にある者については民法第13条第1項に規定する行為を基本とし、必要に応じて取消権・代理権の範囲を拡張することで、現行の後見類型よりも狭い範囲の行為に限定することで解決が図られることが望ましいと考えます。ただし、実務上「保護B」のような事理弁識能力を欠く本人について取消権を必要とする場面はあまり多くなく、本人保護のために必要な代理権の範囲も事前にある程度想定できることを勘案すれば、広範な代理権を付与しなくても本人の支援は十分可能であり、障害者権利条約の要請の観点からも「保護B」の枠組みを創設する必要性は低いと考えます。

一方で、現行制度からの転換にあたり社会的な混乱も想定されます。

例えば、現行の後見類型であれば包括的な取消権・代理権が成年後見人には認められ、法律行為の相手方にとってもその範囲がある程度明確であったところ、本試案によっては個別に取消権・代理権の付与を判断する必要性が生じることが想定されるので、本人保護の遅れや手続きの煩雑さ、相手方の期待可能性や取引の安全面について混乱が生じかねません。

また、取消権・代理権を拡充する場合の必要性について、保護開始時点では必要性が乏しいとされ取消権・代理権を設定することが難しいようなケースの場合で、その後の状況の変化により必要性が現に生じたとき、または保護開始時には想定し得ない事態が生じたときには都度追加の手続きを行わなければならないとすれば、手間の増大や時機を逸することにもなりかねません。さらには、保護の必要性を検討するにあたっては、単に事理弁識能力の程度のみならず、認知症や精神障がい、知的障がい等といった判断能力低下の要因や本人を取り巻く様々な状況も考慮に入れるべきと考えます。このような手続きの複雑化は利用促進の妨げとなりかねず、都度個別に検討される機会が増えればケースによる判断のバラツキも生じ、利用する側にとって事前の予測がつきづらいなどの弊害も起こり得ます。よって、必要性については柔軟に検討されるべきであり、迅速な追加の審判とともに応急的な手段も整備されるべきと考えます。

加えて、【乙1案】【乙2案】においても、「保護」「保護者」との用語を用いることとしていますが、（前注1）において、これらの用語を用いると確定したものではないとの記述はあるものの、「保護者」という文言は、一般に未成年者を子に持つ親権者を指すものであることや、生活保護制度での「保護」と混同することも考えられるため、いたずらに成年後見制度利用者の混乱を招くものと考えます。本法改正の目的は必ずしも現行の後見制度を一新するものではなく、一般市民が利用しやすい様に改正することが趣旨であると思われるため、周知され始めてきており上下の関係を想起させない「後見人」という用語を今後も継続利用することに支障はないのではないかと考えます。

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（改正試案 P4 第1 1（2））

《要旨》

【丙案】が望ましいと考えます。

《意見》

法定後見制度において本人の同意を求める趣旨は、法定後見制度が本人の私的自治に対する制約という性質を内在するものであることを考慮し、本人の意思決定や自由な選択を尊重する観点から、本人の意思に反して法定後見による保護が開始されることを防止する点にあると考えられます。

この点を鑑みると、【乙案】及び【丁案】のように拒否権を行使しない限り法定後見の開

始がされるとすれば、前述の本人の意思の尊重の趣旨が後退することになるのではないかと考えられます。よって、本人の意思を尊重することができる場面では、開始するために本人の同意を要件とすることが相当であると考えます。

よって、本人の意思を尊重することができる場面では、開始するために本人の同意を要件とする【丙案】が相当であると考えます。他方で、事理弁識能力を欠く常況にある者については、一般的には第三者による保護又は支援の必要性がより高いと想定され、その保護の範囲を狭いものと設定することは、本人に必要とされる保護を図ることが困難となるため、「本人の利益を害する事由があるとき」との限定をすることなく、本人の同意を要件としない点でも【丙案】が妥当と考えます。

一方で、本人の意思尊重が重要視される反面、本人の保護がおろそかにならないかとの懸念があります。実務においては、本人の特性の一つとして通帳を他人に渡すことに強い拒否が出ることや自ら自己の心身の安全や健康が脅かされる状態に置いてしまうセルフネグレクトが多く見られます。本人の意思を最大限尊重することは大前提として、本人の同意を殊更に重視しすぎた結果、かえって必要な保護がされず本人の不利益とならないよう、柔軟に対応する必要性が高いと考えます。

3. 法定後見に係る期間について（改正試案 P10 第2 2）

《要旨》

法定された期間内に、家庭裁判所に対し、法定後見の要件の存在に関する報告を義務付ける仕組みが望ましいと考えます。

《意見》

【乙2案】で期間を設けることで、本人への過剰な干渉の抑制や、権限を行使すべき業務を放置することへの抑止になるかもしれませんが、容易に更新が可能であれば無制限に引き延ばされて期限の定めが形骸化するおそれがあります。つまり、目的を達成するためには更新の要件を厳しくし、適切な指導や保護者の解任も可能な仕組みである必要があると考えます。また、必ずしも一定期間内に解決できる課題ばかりではなく、そもそも期間を設ける際に解決すべき課題の所要時間の見積もりが正しくできるか、また、具体的には家庭裁判所の指示で支援信託を利用したのち、後見が更新されず終了した場合、信託財産の扱いはどうなるのかなどが疑問であり、後見人の対応によって運用が変わってしまうことは本人保護として問題があるのではないかと考えます。

よって、期間は設けないとするか、設けるにしても目安となる期間を設定し、その時点において執行状況を確認する程度のものとし、法定後見の要件が存在していると認めることができない場合に保護の審判もしくは代理権・同意権を取り消すことができることとするのがより実務に即した制度であると考えます。

4. 保護者の解任（交代）等について（改正試案 P12 第3 2）

《要旨》

現行を維持する、もしくは、新たな解任事由に関する規律を設ける場合には【乙1案】が望ましいと考えます。

《意見》

解任について、新たに解任事由に関する規律を設け、請求権者による請求又は職権により解任できるとすると、保護者の身分保障が弱くなる懸念があります。実情として、本人が精神的に不安定な状態にある時に発言内容が二転三転することはよくあり、それが解任請求にまで発展してしまうこともあります。そのような請求の中には「権利の濫用」とも評価されるケースもあると考えます。解任事由や請求権者の拡大によって制度が悪用されることとなれば、現状の受任者不足をより加速させることに繋がりがねないものであり、制度自体が崩壊する懸念があります。また一方で、被保護者の財政状況が悪化し報酬等が減額される状態になれば、自己の責任を回避するためあえて解任されるよう振る舞う保護者が出てくるなど保護者側の悪用の恐れもあり、本人にとって必要な保護が受けられなくなる懸念もあります。

交代については、現行においても、申立て時点で支援方法が整理されていることを前提に、最初に法律専門職が選任され法的課題が解決した後に他の専門職や市民後見人、親族後見人などへ交代できるケースも増えつつありますが、このような事例を制度として明示する形で認めるような変更となることが望ましいと考えます。また、後見人の交代を想定されるケースとして、遺産分割協議が終わった後にも後見人による受任が継続したままとなる、といったことがよく例にあがりますが、必ずしもそのような具体的な法的課題がある場合ばかりではなく、開始当時には交代が予定されていなくても、状況の変化により専門職である必要がなくなったような場合にも交代が可能となることも重要であると考えます。

5. 本人の死亡後の成年後見人の権限（死後事務）等について（改正試案 P16 第2 4）

《要旨》

火葬埋葬契約の締結については現行における保佐・補助類型にも権限の規律を設けるべきと考えます。

《意見》

仮に現行を維持する場合でも、成年後見人にのみ認められている一定範囲の死後事務のうち、火葬埋葬契約の締結については保佐人、補助人にも拡充すべきと考えます。死後事務

が成年後見人にのみ認められている理由として、後見類型では包括的な代理権があることが一つの理由とされていますが、保佐・補助類型であっても火葬等の手続等を行うことを期待される場合があることは成年後見人の場合と同様であり、財産の保全や債務の弁済などの他の死後事務と異なり、火葬埋葬の契約は死後にしか生じないものであり、生存時の権限と連続性はないものであるため、これを生前の判断能力の程度によって差を設けることの意義は乏しいと考えます。

また、第1の1(1)において【乙2案】によっても、どのようなケースであれ、裁判所の許可を得て火葬埋葬契約の締結を行えるような規律を設けることは、本人の権限を必要以上に制限することにはなりません。一方で死後事務の権限が広く認められることで、本来生前の権利利益の保護を目的に利用されるべき制度が、死後対応に不安を抱える医療機関や施設、死後の対応を拒みたい親族らから死後の対応を目的に制度を利用されかねないという批判もあり得ますが、少子高齢化、核家族化、支援者不足の問題が深刻な地域においては、一人で亡くなることに不安を抱える方々は多くおり、自分の死後の不安を解決する手段として成年後見制度が期待されていることも実情としてあります。

現行制度において後見類型にのみ適用される規定ではあるものの、保佐・補助類型においても従来からの応急処分として死後事務を行うことは可能であるところ、実際にそれを行うことができるかどうかは不明確であるため、仮に現行を維持する場合であっても一律に明示的に規定されるべきと考えます。特に、親族がいない保佐・補助類型では、火葬につき保佐人・補助人に多くを委ねる支援者が多い実情に鑑みれば、必要性は高いものと考えます。

6. 任意後見人の事務の監督の在り方について（改正試案 P24 第5 1）

《要旨》

家庭裁判所による監督を認めることや本人自らが監督人を選択できる仕組みが望ましいと考えます。

《意見》

任意後見制度が普及しない要因の一つは、任意後見監督人選任を発効要件とするとともに、家庭裁判所が一定金額を定めて委任者の資産の中から任意後見監督人に報酬を支払わせるという委任者にとって財産的に重たい負担が生じる仕組みにあると考えます。任意後見人が行う具体的な後見事務の内容によっては監督内容が簡易なケースもあるので、家庭裁判所が事案の内容（後見事務の具体的内容）、委任者が所有する財産の内容（監督人の報酬の負担が難しい場合等）、委任者と受任者の関係性などを考慮した上で、柔軟な監督が可能となることを望みます。

例えば家庭裁判所との協議の上、専門職団体法人が所属専門職任意後見人の監督人に選任される途も開かれるべきと考えますし、専門職が任意後見人である場合など法的知識や倫

理観が一定程度担保される場合には家庭裁判所による監督を認めるとすることなども検討の余地があると考えます。

また、私的自治の観点からは、本人の意向を尊重できる制度が望ましく、多くの財産を持っている人が、コストをかけて厳格な監督を望むことも許容されるべきで、一方でそこまで必要ないと考える人は、低コストで簡易な監督（＝必要最小限の監督に限定）を自ら選択できるようにすべきだと考えます。具体的には、本人が後見監督機関や後見監督人（行政機関の認可や認証によって一定の資格付けのある法人や個人）を選択できるような制度があっても良いと考えます。

なお、仮に任意後見監督人の選任の有無を家庭裁判所に任せる条項を設けたときは、家庭裁判所が申立により任意後見開始の決定をすることとし（任意後見契約は家庭裁判所の任意後見開始決定により効力を生じる）、「受任者は、精神上の障害により委任者の事理弁識能力が不十分な状況になったときは、家庭裁判所に任意後見開始の審判の申立てをしなければならない。」とする条項を設けることも検討に値するものと考えます。

7. 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に関する申立権者（請求権者）について（改正試案 P24 第5 2（2））

《要旨》

任意後見監督人選任申立ての申立権者を公正証書により指定するなど、現行の申立権者の範囲を拡充することを望みます。

《意見》

適切な時機に任意後見監督人が選任されず、生前事務委任契約を漫然と続け、監督人による監視を逃れることが不正の温床となり得ることが問題となっています。任意後見契約の大半を占める親族が任意後見受任者であるケースを想定し、監督人が選任されることで本人にとって適切な権利擁護が行われるための方策としての観点も持ちながら、不正を防止する観点での検討も重要だと考えます。

専門職団体においては、適切な時機に監督人を選任することの意義を構成員に繰り返し伝え、本人の状態を確認するため本人面会を推奨し、任意後見監督人の必要性の有無について定期報告時に都度確認するなどしている団体もあり、これはこの趣旨に基づきます。

任意後見契約書の起案を業務とする行政書士としても、監督人選任申立てを義務付ける条項を盛り込むことや、任意後見契約を発効すべきかどうかは本人の判断能力の程度を正しく認識する必要があることから生前事務委任をセットとする移行型任意後見契約の締結を基本とするなど取り組みを行っております。これに加えて、新たに申立権者を公正証書において指定できるとの案のように実効性のある方策が加わることを望ましいと考えます。

8. 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に関する申立義務について（改正試案 P25 第5 2（2））

《要旨》

一部の申立権者にその申立てを義務付ける規律を設けることが望ましいと考えます。

《意見》

本人の判断能力が低下した場合に監督人選任申立てをすることは、不正防止の観点からすれば当然であり、申立義務を課すことも必要不可欠と考えます。現に、専門職団体においては、構成員が受任者となる任意後見契約には適切な時機に監督人の選任申立てをすることを義務付ける条項を入れるよう指導しています。

ただし、この義務の履行を担保するためには違反に対する処置についても規定されなければ実行力に乏しく、強制的な監督人の選任ができるとするためには監督人選任申立てが本人の同意を要するという点といかにバランスを取るかが肝要となります。

部会では、親族が受任者であることを念頭に「過度な負担」とし、市町村や社協による申立てについても、このようなケースは法定後見が優先されることや任意後見の私的自治の観点から申立義務に否定的な意見がありますが、制度趣旨の理解促進によって対応すべきとの意見には同意するところです。むしろ、あえて任意後見契約を締結した本人の意思を尊重し、本人が選んだ受任者が任意後見人として指定した事務を行うよう外から働きかけることも必要ではないかと考えます。

9. 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（改正試案 P26 第7 1（4））

《要旨》

予備的な任意後見受任者の定める任意後見契約の締結を可能とし、登記上もその旨を記載できるようにすることが望ましいと考えます。

《意見》

現行の任意後見制度では、受任者が死亡等により任務継続が不可能となった場合、任意後見契約が効力を失う構造となっており、比較的長期の対応が求められる任意後見契約において、受任者の状況変化（加齢や重大な疾病など）の可能性により安心して契約を締結できない場合があります。

このような場合に後任者を選任しておくニーズを満たすため、現状では複数人との間での契約や、受任者間で業務分掌や順位の取り決め等を特約とする工夫がされていますが、直接的に予備的受任者を登記することができる制度を設けることが、当事者らにとっても解

りやすく法的安定性をもたらすものと考えます。