

法定後見制度における実体的開始要件に関する裁判例の分析

熊谷 士郎

はじめに

- 1 精神上の障害
- 2 補助における本人の同意
- 3 審判の裁量性
- 4 任意後見との関係
- 5 若干のコメント

おわりに

はじめに

新たな成年後見制度は、「自己決定の尊重」という理念と「本人保護」の理念との調和という観点から制度設計された⁽¹⁾。

もっとも、ここでいう自己決定の尊重と本人保護との調和をどのように実現すべきかは、一義的に定まる問題ではなく、むしろその実現のあり方は絶えず問われ続けられるべき性質のものであろう。そして、それは、制度設計のレベルのみならず、その制度の実際の運用ないし解釈のレベルでも模索され続けられるべきもののように思われる。

「自己決定の尊重」という理念と「本人保護」という理念との調和のあり方が端的に問われる1つの重要な局面が、法定後見制度が開始される場面であるといえる。新しい成年後見制度が開始されて10年が経過し、それほど数は多くないものの、法定後見制度の実体的開始要件に関する興味深い裁判例も一定程度蓄積されつつある⁽²⁾。そこで、本稿では、法定後見が開始される局面における裁判例を分析し、成年後見制度が、その制度の開始の局面でどのような理論的な問題を抱えている

(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の解説』（きんざい、1998年）i頁、小林昭彦＝原司『平成11年民法一部改正等の解説』（法曹会、2002年）3頁等参照。

(2) 手続的な問題としては、鑑定の必要性に関する東京家裁平成15年9月4日審判家月56巻4号145頁も興味深い。本稿では取り上げない。この審判の解説として、新井誠・私法判例リマックス30号70頁、小賀野晶一・民商132巻4号680頁、上山泰・実践成年後見24号96頁等がある。

か、を明らかにすることを課題としたい。

以下では、まず、問題となった裁判例を、それぞれの実体法上の要件ごとに紹介・分析したのち（1～4）、最後に全体を通じた問題について、一言しよう（5）。

1 精神上的の障害

成年後見制度においては、精神上的の障害により、事理を弁識する能力が低下した程度に応じて、後見、保佐、補助の各制度が開始されることとなっている（民法7条、11条、15条参照）。

ここでいう「精神上的の障害」とは、身体上の障害を除く概念であるとされる⁽³⁾。身体上の障害を除外した理由は、成年後見制度本来の趣旨からすれば、判断能力の不十分な者のみが制度の対象となること、身体障害者団体の意見が消極的であったこと、さらに、昭和54年の民法改正における議論の状況を考慮したためである⁽⁴⁾。

これに対して、例えば、「身体障害等によって著しく意思の伝達が困難であり、成年後見制度による支援が必要な者も確実に存在している。今後、成年後見制度における『精神上的の障害』の意義についても検討する必要がある⁽⁵⁾」という指摘がある。

この問題に関する裁判例としては、東京高裁平成18年7月11日決定を挙げることができよう。この決定は、直接には韓国民法12条に関するものであるが、我が国の要件の理解にとっても有益なものといえる。

【1】東京高裁平成18年7月11日決定判例時報1958号73頁⁽⁶⁾

[事実の概要]

韓国籍の成人である事件本人Aは、平成12年6月ころから筋萎縮性側索硬化症（ALS）を発症し、現在では意思の表明が困難な状態にあるところ、Aの母Bの遺産につき、相続人の一人である訴外亡Cの子DEから、Aら相続人4人を被告として土地・建物の共有物分割等請求訴訟が提起されたので、Aの妻であるX（申立人・原告人）がAに代わって訴訟の対応をするため、Aにつき後見開始を申し立てた。原審判は、Aの本国法である韓国民法12条によれば、心神喪失の状態にある者に対し、配偶者等一定の者の請求により禁治産宣告をしなければならないと定められているところ、ALSは進行性精神疾患であるが、通常は判断能力の低下、認知障害その他の精神上的の障害を伴わないものであるから、禁治産宣告の原因は存在しないと見て、Xの申立てを却下した。これに対して、Xが抗告。

(3) 小林＝原・前掲（注1）61頁。

(4) 小林＝原・前掲（注1）131頁。要項試案の補足説明においては、「今回の改正において、保佐類型において昭和54年改正の際に削除された規定を復活させ、これを身体障害者全般に拡張した上で、後見類型にまでその適用範囲を拡張することは、ノーマライゼーションの理念及び取引上の不利益の防止の観点から妥当でな」とされた（法務省民事局参事官室・前掲（注1）14頁）。

(5) 五十嵐禎人「イギリス新成年後見制度における精神鑑定」実践成年後見25号（2008年）69頁。

(6) 本判決に言及したものとして、林貴美・判タ1249号33頁がある。

[判旨]

取消・差戻。

「確かに、事件本人は韓国籍であり、事件本人に適用される韓国民法12条は、『心神喪失の常態にある者に対しては、……請求により、禁治産を宣告しなければならない。』と定めており、この『心神喪失』については、平成11年法律第149号による改正前の我が国民法7条の『心神喪失』と基本的に同義であると考えられるところ、これは『精神上の障害により事理を弁識する能力を欠くこと』をいうものと解され、原審判のような厳格な解釈もあながち不合理とはいえない。

しかしながら、前記のようなALSに関する医学的知見の進展により、ALSも病態が進めば認知障害を伴うことが相当あり得ること、事件本人は、わずかな表情筋の動きも廃絶し、意思疎通が不可能であって、社会的に植物状態にあり、認知障害を伴った精神上の障害があると評価できること、また、実際上の必要性として、事件本人が当事者となっている上記共有物分割等請求事件に係属しており、事件本人において意思表示の手段がなく、事実上財産処分をすることができないとすれば、訴訟の進行に支障を来すことは明らかであり、後見人を選任する必要があることを総合考慮すると、事件本人は心神喪失の常態にあるのと同等の状態にあるとみるのが相当である。」

この決定は、我が国の民法の要件に引き直して考える場合には、「精神上の障害」という要件に関わるといえよう。原審判が考えたように、ALSが身体的な障害によって、意思を表明することが困難であるに過ぎない状態であるとすれば、「精神上の障害」に当たらないのではないと思われるからである。

確かに、本決定は、認知障害を伴う可能性があるとの近時の医学的知見をもとに、「認知障害を伴った精神上の障害があると評価できる」としたものであり、身体的障害も含むとしたわけではない。

しかしながら、本決定の理由中に引用された医師の鑑定および意見書によれば、社会生活に即した判断能力に障害がないかどうかは確認できないともされており、その意味では、「我が国民法7条の『精神上の障害』という後見開始の要件を事案に即して実質的に拡張した事例」⁽⁷⁾と位置づけることができよう。

そして、このように「精神上の障害」の要件を拡張するために、「実際上の後見開始の必要性という本来不要な点までも判断したのではないだろうか」⁽⁸⁾と指摘されている⁽⁹⁾。

さらに学説においては、端的に、身体上の障害によって意思が表明できない場合には、成年後見制度の対象とすべきであるという主張もなされている⁽¹⁰⁾。

これらの議論の当否については立ち入らないが⁽¹¹⁾、本稿の関心との関係で、次の点を指摘してお

(7) 本件コメント・判例時報1958号74頁。

(8) 林・前掲（注6）33頁。

(9) もっとも、後に述べるように、後見開始の実際の必要性が本来不要であるといえるかについては、議論の余地があろう。

(10) 林・前掲（注6）33頁等参照。

(11) この点について、水野紀子「後見人の身上監護義務」判例タイムズ1030号（2000年）103頁以下、拙稿「成年後見法における能力とは」実践成年後見33号（2010年）20頁以下等参照。

きたい。

すなわち、これらの議論においては、立案担当者の価値判断と異なり、実際上の保護の必要性を強調して、身体障害者も成年後見制度の対象として含めるべきか否か、また、仮に身体障害のケースも含めうるとして、法定後見開始が開始されるためには、通常の判断能力が低下した場合と異なる要件が課されるのかといった点が問題とされているように思われる。

つまり、立法において設定された保護の発動要件の当否が、改めて問い直されているということができよう。

2 補助における本人の同意

補助制度が開始されるためには、本人の申立てもしくは本人の同意が必要である（民法15条）。この要件は条文上明らかであるが、この点について、本人が「被補助人となることに一その不十分な弁識能力を以て一同意しない場合には（…略…）、その者を放任しておくことが、かれ自身とその周辺とにとって良策であるかは、立法論としては問題がまったくない、とはいえない⁽¹²⁾」という指摘があったところである。

そして、この本人の同意の必要性について判断がなされたのが、札幌高裁平成12年12月25日決定および札幌高裁平成13年5月30日決定である。

【2】札幌高裁平成12年12月25日決定家月53巻8号74頁⁽¹³⁾

〔事実の概要〕

事件本人Aは、亡夫Bとの間に長男C、長女X（申立人・抗告人）、次女Dをもうけた。平成4年以来、AはD夫婦と同居するようになっており、Aが平成10年2月脳梗塞で倒れたのをきっかけに、D夫婦がAの財産を管理するようになった。平成12年4月14日、CとXは、DがAの財産管理を行うのは不適切であるとして、Aを相手方とする親族間の調整を求める調停を申し立てた（同年7月12日不成立で終了）。同年5月25日、Xは、Aにつき補助を開始するとの審判およびAのためにA名義の定期預金の引き出し、解約等の預金管理行為について補助人に代理権を付与する審判の申立てをした。その際、A作成の審判申立同意書が提出されている。その後、同年7月31日、Aは、実妹Eとの間で、Aの財産管理や身上監護に関する契約についての代理権をEに与えることを主たる内容とする任意後見契約を締結し、その登記がなされた。Aは7月3日の家庭裁判所調査官との面接調査の際に補助開始申立てに賛成できない旨述べ、同年9月12日開かれた本件の第1回審問期日においても、家事審判官に対して、Dの財産管理のあり方に特に不満を持っておらず、また、これ以上兄弟姉妹間の紛争を拡大したくないとの気持ちから、別に貯金管理を手伝う人を選ぶ手続を取る必要はない旨述べた。

(12) 谷口知平＝石田喜久夫編『新版注釈民法（1）〔改訂版〕』（有斐閣，2002年）370頁〔鈴木ハツヨ〕。

(13) 本決定の評釈として、西原醇・判例タイムズ1076号89頁、平山也寸志・実践成年後見21号103頁、同・成年後見法研究5号173頁等がある。

本決定は、後に述べる任意後見と法定後見との関係についても重要な判示をしているが、ここでは、補助における本人の同意に関わる部分のみ確認しておこう。

原審は、Xの申立てを却下したが、その際、「申立書に添付された診断書によれば、現在、本人に、痴呆の初期症状が出現しているとの記載があり、精神上の障害により事理を弁識する能力が不十分であって、補助類型に該当することを窺うことができるところ、補助開始の審判をするにはそもそも本人の同意が必要である。この点、本件申立てにあたっては、本人が署名押印した同意書が提出されている。しかしながら、…略…その後本人は本件の申立てに賛成できない旨明確に述べるに至っており、別件調停事件における経過や審問期日における本人の供述態度からすると、これは本人の真意に基づくものといえ、自己決定権の尊重という法の趣旨からすると、現在、本人は、本件申立てに同意していないといわざるをえない」という。Xが抗告。

[判旨]

抗告棄却。

「抗告人は、原審判は本人の利益の保護をまったく考慮していないと非難する。しかしながら、補助の制度は、あくまでも本人に一定程度の判断能力があることを前提として、この制度を利用するか否かにつき、本人の同意権を優先させているのであり、仮にその判断能力さえも有しないというような場合には、もはや、補助の制度を利用させる余地もないことになる筋合いである。したがって、抗告人の上記批判は当たらないというべきである。」

[3] 札幌高裁平成13年5月30日決定家月53巻11号112頁⁽¹⁴⁾

[事実の概要]

事件本人Aは、昭和61年ころまで鉄工場に勤務していたが、そのころから被害妄想が見られるようになり、母Bと同居しながらC病院で入退院を繰り返していた。Aは、その後C病院の紹介で、平成5年6月頃からD学園に通所するようになり、E心身障害者総合相談所長は、平成6年9月6日、Aが精神薄弱（軽度）であること、およびBの年齢等を総合考慮して、Aを精神薄弱者援護施設に入所させることが適当であるとの判定をし、平成6年10月5日、AはD学園に入所した。なお、Aの預貯金通帳等はD学園が保管し、Aの定時の収入としては、障害基礎年金（2ヶ月約10万円）及びD学園での作業報酬（1ヶ月約8000円）がある。

X（申立人・抗告人）は、Aの弟にあたり、Aの財産を守るため、Aにつき補助開始の審判と、これに伴い補助人の同意を要する行為の定め及び代理権の付与の各審判を求めた。Aは、原審の第1回期日（平成12年9月21日）の本人尋問において、Aに対する本件補助開始の申立てがなされていることを知っているが、Aとしては、D学園による金銭の管理を第一に希望しており、日常の金銭の需要に痛痒は感じていない旨陳述した。

原審判はXの申立てを却下。Aは本件申立てに同意していないといわざるをえず、補助開始につき

⁽¹⁴⁾ 本決定の評釈として、拙稿・実践成年後見26号134頁がある。本文の以下の記述は、これと重複する部分が多いことを御容赦いただきたい。

本人の同意がない本件申立てについては却下するほかないという。X抗告。Xの即時抗告申立書には、Aの預金の出し入れに不明な点がある旨述べられており、具体例として、Aは4万5000円のカセットを28万円で購入させられたことが指摘されている。

[判旨]

抗告棄却。

「補助の制度は、軽度の精神障害のため判断能力が不十分な者を保護の対象とする制度であって、本人の申立て又は本人以外の者による申立てによって開始されるが、本人以外の者による申立てにおいては、本人の同意があることを要するところ、本件では、事件本人が補助開始に同意していないことが明らかであるから、補助開始の要件を欠いている。このことは、仮に、事件本人の財産について抗告人が危惧するような事情が認められるとしても、結論を異にしない。したがって、抗告人が主張する事件本人の財産の管理に関する疑念・危惧について判断するまでもなく、本件補助開始の申立ては理由がない。」

いずれの決定も、本人の同意がない以上、補助制度は開始されないとしており、当然のことを確認したに過ぎないようにも思われる。しかしながら、先に述べたような立法論的疑義も示されていたことを考慮するなら、これらの決定が有する意義は少なくないといえよう。とりわけ、【3】決定は、本人の財産についてXが危惧するような事情が認められるとしても補助制度は開始されないとしており、まさに、先に述べた立法論的な疑義が妥当する局面であっても補助制度は発動しないことを明示した点で注目されるべきである⁽¹⁵⁾。

もっとも、【3】決定は、Aの生活状況が十分に安定しているという事情を指摘しており、また、およそ財産管理に関する危惧といわず、「Xが危惧するような事情」としており、この点を強調するときは、本人の同意を欠く以上補助制度は開始しないという一般論を限定するニュアンスがあると考えられることもできるように思われる⁽¹⁶⁾。

問題は、このようなニュアンスをどのように理解すべきかである。

①第一に、本人の同意を欠く以上、いかなる不利益がある場合であっても補助は開始しえないのであり、Aの生活状況の安定についての言及や「Xの危惧する事情」という部分は、本決定においてたまたまそのような事情があったから指摘したに過ぎないと考えられることができる。

⁽¹⁵⁾ もっとも、【2】決定においては、原審判は本人の利益の保護を全く考慮していないとの抗告理由に対して、本文で掲げた判旨のように述べたのであって、ここからは、本人に一定の判断能力がある以上、その判断に基づいて同意がなされていない場合には、仮に本人に一定の不利益があったとしても、本人の判断が優先されるという趣旨を読み取ることもできるように思われる。そうだとすると、【3】決定は、【2】決定の延長にあるものといえ、【2】決定では明示的には述べられていなかった趣旨を明らかにしたものとして位置づけられよう。

⁽¹⁶⁾ 【2】決定はこのような限定的なニュアンスが明示されていないが、【2】決定では、背後に任意後見契約が存在しており、補助が開始されなかったとしても、本人保護が果たされるということが前提とされていると考えることもできよう。そうだとすると、ここでも、本人の同意がない以上、補助は開始し得ないという判示を限定的に理解する契機が存するように思われる。

これに対して、②第二に、生活が必ずしも安定しているとはいえ、また、Xが危惧する事情より重大な不利益が存するような場合にまで、本人の同意がないことを理由として補助が開始し得ないことを積極的に述べたものではないと理解することが考えられる。

②のように考える場合には、本人の同意なしに補助が開始しうることを認める余地を残すことを意味するが、このことを解釈論上どのようにして正当化するかという難問を抱えることになる。これに対して、①のように考える場合には、先に述べた立法論的な問題が大きくクローズアップされるように思われる。

これらの点を検討するに際しては、そもそも「本人の同意」が補助開始の要件とされている意義、ひいては、補助制度の本質に関する理解がその判断に影響を与えるように思われるが⁽¹⁷⁾、本稿の問題意識との関係では、次の点に留意すべきであろうと思われる。

すなわち、本人の自己決定の尊重という理念から、本人の同意が必要という制度設計がなされたとしても、具体的な事例において、本人の保護の必要性との衡量が常に意識されるのであり、この点の判断が【2】【3】決定の理解においても影響を与えうるということである⁽¹⁸⁾。

3 審判の裁量性

成年後見制度においては、条文によれば、「審判をすることができる」（民法7条、11条、15条）とされており、民法上の実体的開始要件が備わっていたとしても、さらに成年後見制度を開始する必要性を考慮して審判をするか否かを判断する裁量を家庭裁判所は有していると解することも、文言上は十分可能である。

しかしながら、立案担当者の説明によれば、少なくとも、後見・保佐については、このような裁量性は明確に否定されている⁽¹⁹⁾。

これに対して、学説においては、審判の裁量性を肯定するものも多数存する⁽²⁰⁾。もっとも、仮に裁量性を否定したとしても、そこで考慮されていたファクターは、「事理弁識能力」の低下という要件の中で考慮されるという主張もあるところである⁽²¹⁾。このように解する場合には、結論的には裁量性を肯定した場合と大差がないことになろう。

(17) この点について、不十分なが、拙稿・前掲注(14)136頁以下を参照していただくと幸いである。

(18) なお、【2】決定が述べるように、本人が同意を拒絶することが不合理である場合には、翻って、本人の同意能力に疑義が生じることとなり、保佐・後見制度を発動するという運用がなされるのかもしれない。しかしながら、一般的には補助程度の判断能力があるにもかかわらず、同意がなされないために保佐・後見程度の判断能力しかないと評価することは、恣意的であるとの印象を否めないし、本来補助程度の介入で十分保護が果たされる者に対して保佐・後見の介入を認めることになり、「自己決定の尊重」という理念との関係で問題があるといえるのではなからか。

(19) 小林＝原・前掲注(1)74頁、96頁参照。

(20) 四宮和夫＝能見善久『民法総則〔第7版〕』（弘文堂、2005年）50頁、須永醇『新訂民法総則要論〔第2版〕』（勁草書房、2005年）58頁以下等参照。

(21) 前田泰『民事精神鑑定と成年後見法』（日本評論社、2000年）334頁、鈴木祿弥『民法総則講義2訂版』（創文社、2003年）41頁等参照。

ところで、成年後見制度を開始する必要性といっても、ここには区別されるべき内容が含まれているように思われる。

すなわち、①第一に、保護されるべき本人がおかれた具体的状況を考慮して、その具体的な保護の必要性が判断されるべきという意味で用いられる場合であり、ドイツ法でいう、必要性・補充性の原則に相当するものである。例えば、学説においては、「本人の能力の程度のほか、その保有する財産の多寡・構成、本人を取り巻く人間関係（…略…）など、諸般の事情いっさいを顧慮して宣告をなすと否との裁量権が家庭裁判所にあることを意味すると解すべきである（補充性・必要性の原則）」⁽²²⁾ という場合には、主にこの意味の必要性が意識されているように思われる。これに対して、立案担当者は、後見・保佐制度においては、具体的な代理権・取消権の付与の必要性について判断する必要はないという立場を採っており、①の意味の必要性を明確に否定している⁽²³⁾。

②第二に、成年後見制度の濫用の危険ないしデメリットとの衡量の結果としての必要性が考えられる。例えば、学説において、「審判の申立てが本人の福祉のためというよりは関係者の利益のために行われるという特別な事情がある場合には、保佐開始の審判をしないことも許されるであろう」⁽²⁴⁾ という場合には、この意味の必要性が意識されているといえる。たしかに、①の必要性が高ければ②の必要性も高まるという関連性はあろうが、制度の濫用のリスクと①の必要性との衡量という、①の判断とは性質の異なる作業を強いる点で、①と区別されるべきであると思われる。②の必要性について、立案担当者がどのように考えているかは必ずしも明らかではないが、審判の裁量性を否定する以上、制度の濫用の危険があったとしても、それは成年後見人等の選任を慎重に行うこと等によって回避すべき問題であって、実体的な要件が備わっている限り、審判をしなければならないと考えることが素直なように思われる。

いずれにせよ、ここで問題とされているのは、具体的な保護の必要性や制度の濫用のリスク等を考慮して、仮に事実上の判断能力が一定程度低下していても、法定後見制度が開始されないことがあるのか、ということである。

大阪高裁平成18年7月28日決定は、この問題に関連する。

[4] 大阪高裁平成18年7月28日決定家月59巻4号111頁⁽²⁵⁾

[事実の概要]

事件本人Aの母である抗告人X（申立人）は、平成15年8月14日、Aにつき後見を開始するよう求

⁽²²⁾ 須永・前掲（注20）58頁以下。

⁽²³⁾ 小林＝原・前掲注（1）74、96頁。同97頁は、「本人の財産の多寡や、同意権・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左右されない」という。これに対して、補助制度については、実体法上の要件としては明示されないものの、補助の開始が、同意権または代理権付与の審判と結びつけられることによって、具体的保護の必要性の存在が当然に担保されているという（小林＝原・前掲注（1）130頁参照）。

⁽²⁴⁾ 四宮＝能見・前掲注（20）50頁。

⁽²⁵⁾ 本決定の評釈として、上山泰・民商137巻6号618頁、同・成年後見法研究6号145頁、同・実践成年後見31号119頁があり（これらの評釈は内容的に重複する部分がある。以下、引用するについては、前掲・実践成年後見を用いることとする）、以下の記述は、これに負うところが大きい。また、本決定に言及するものとして、林貴美・判例タイムズ1249号32頁がある。また、本決定および前掲注（2）で挙げた東京家裁平成15年審判を含めて、保佐

める申立てをしたが、平成16年4月19日に、申立ての趣旨を、保佐開始に変更した。原審は、「申立人が本件申立てを行った真意は、被保佐人として本人が単独でできる行為を制限することで、本人に社会的・心理的制裁を加えることにありと認められ、また、今後、財産行為に限らず、本人の日常生活の指導・監督や、本人に関するトラブルへの対応等をすべて親族以外の第三者（保佐人）に委ねて、本人と縁を切りたいとの意図も強くうかがわれ」、「このような目的は、本来の保佐制度の目的（本人保護）とは異なるものであり、本件申立ては申立権の濫用である」として、また、2ヶ月に1度支給されている年金を短期間で費消されているが、それは気晴らし的になされており、概ね年金収入の範囲内でなんとか自活していること、民法12条（現行13条）所定の行為を行う危険性はほとんど考えられないこと、本人が自分で財産を管理することを望んでおり、保佐開始自体に強く反対していることから、本人保護を図るために保佐人を選任する必要性は極めて乏しいとして、申立てを却下した。これに対して、Xが抗告。

[判旨]

取消・認容。

「(1) …略…本人は、平成3年頃から、精神症状による入院を繰り返しており、現在は、統合失調症の慢性期にあること、そのため、本人は、種々の社会的逸脱行動を繰り返しているほか、金銭に関する判断力が低下していて、計画性に乏しく、衝動的に浪費することがあり、自己の財産を管理処分するには常に援助が必要であることが認められるから、民法11条所定の『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』に該当すると評価することができる。

(2) そして、本人は、財産として本件預金を有し、月額9万円余の障害年金を受給しているところ、上記の精神疾患のため、これらを衝動的に浪費するおそれがあること、本人につき保佐が開始されれば、保佐人に対する代理権授与について本人の同意が得られなくとも、預金の払戻しは、元本の領収として保佐人の同意を要する行為となるから（民法13条1項1号）、本件において保佐を開始することは、本人の上記の衝動的な浪費を防止し、本人の保護に資する有効な手だてになるというべきである。

したがって、本件においては、本人につき保佐を開始すべき必要があるものといえる。

(3) 記録によると、抗告人は、保佐人に対し、本人と親族の間をとりもったり、社会的逸脱行動をしないよう本人の行動を監督する役割まで期待しているように窺えるところ、かかる期待には、保佐人が本来果たすべき役割を超えるものがあることは否定できないが、であるからといって、上記のような必要性が認められる以上、抗告人の本件申立てが制度の趣旨に適合せず、申立権の濫用であると判断すべきではない。」

本件の原審判は、①申立権の濫用と、②保佐人選任の必要性が極めて乏しいことを理由として、

開始の審判と本人の事理弁識能力との関係について検討するものとして、渡辺幹典「保佐開始の審判と本人の事理弁識能力」松山大学法学部開設20周年記念論文集刊行委員会『法と政治の現代的諸相』（ぎょうせい、2010年）161頁がある。

保佐開始の申立てを却下した。これに対して、本決定は、②について、④本人に精神疾患による浪費の恐れがあること、⑤保佐を開始することは、浪費を防止し、本人の保護に資する有効な手段となることを挙げ、必要性を肯定し、①について、そのような必要性が認められる以上、申立権の濫用とはいえないとした。

本稿の課題との関係で注目すべきは、第一に、本人を保護する具体的必要性について言及されている点である。

すなわち、原審においては、申立権の濫用とは別に、本人保護の具体的必要性が議論されており、これを表面通り受け取るなら、保佐開始の審判には、単に本人の判断能力の低下という要素のみならず、具体的な保護の必要性があってはじめて保佐開始の審判が認められるとしているように思われる。また、本決定においても、結論は原審判と正反対であるが、事理弁識能力が著しく不十分である者に該当するとしたうえで、本人保護の必要性について言及しており、本決定においても、保佐開始の審判をするためには、具体的な保護の必要性がなければならないとしているとも考えることも不可能ではあるまい。

しかしながら、本件では、あくまで、申立人の主観的意図との関係で、申立権の濫用が論じられたからこそ、原審判においても、本決定においても、具体的な保護の必要性が指摘されたに過ぎず、具体的な保護の必要性がなければ、保佐開始の審判は認められないということを前提としているわけではないと解することも十分に可能であろう。

したがって、具体的な保護の必要性の要否について、裁判例の立場は必ずしも明らかでないといえよう。

もっとも、原審判と本決定の判断が分かれているように、仮に保佐開始のためには具体的必要性を要するとしても、どのような事情があれば具体的な保護が必要であるかについては、様々な立場がありうるということには十分に留意すべきであろう。この点の理解の仕方如何によっては、立案担当者の見解と具体的な差異はあまり生じない可能性がある⁽²⁶⁾。

第二は、申立権の濫用という構成である。原審判は、申立権の濫用という構成において、申立人の主観的意図・目的を問題としているようである。これに対して、本決定は、具体的な保護の必要性がある以上、申立権の濫用とならないとした。保佐開始の実体的要件をどのように理解すべきかについては立場が分かればよいが、いずれにせよ、そこで想定された実体的要件が満たされているにもかかわらず、申立人の主観的意図を理由として、申立てが却下されるべき場合はあまり考えられないように思われる⁽²⁷⁾。もっとも、原審判においても、本人保護の具体的必要性の程度と申立人の主観的意図とを相関させて考えているように思われる。他方、本決定も、申立権の濫用という構成自体は否定していないように思われる。そうだとすると、本決定と原審判の立場はそれほど大きな違いはなく、本人の保護の必要性の判断の相違が結論を分けたに過ぎないといえるかもしれない。

また、本件では申立人の主観的意図との関係が問題とされているが、むしろ、その実質的な判断においては、保佐開始制度に内在するリスクないシデメリットと、本人保護の具体的必要性との衡量

⁽²⁶⁾ 以上の点について、とりあえず、拙稿・前掲（注11）18頁以下参照。

⁽²⁷⁾ 上山・前掲（注25）実践成年後見124頁参照。

がなされていると見ることもできそうである⁽²⁸⁾。そうだとすると、申立権の濫用というロジックは、立案担当者が、民法11条の能力要件が満たされている以上、保佐開始は義務的であり、保佐開始のメリットとデメリットの衡量に基づく必要性判断が認められないところ、持ち出された一種の便法（仮託理論）ではないかという指摘が説得力を有するようになる^(29・30)。

このようにみえてくるなら、原審判および本決定で問題とされているのは、結局、前述した①②の必要性が、保佐開始の審判をするために必要とされるのか、ということであり、また、仮に①が必要であるとしても、具体的にどのような場合に保護の必要性があると考えるかということであるといえるように思われる。

ここでも、保護が発動するための要件について、立案担当者の価値判断に対して、その当否が問われているといえるように思われる。

4 任意後見との関係

任意後見と法定後見との調整は、任意後見契約法4条、10条が担っている。そこでは、原則として任意後見が優先し、「本人の利益のため特に必要で（が）あると認めるとき」に限り、法定後見制度が利用されるという仕組みとなっている。これは、立案担当者によれば、任意後見制度による保護を選択した本人の自己決定を尊重するという観点から規定されたものである⁽³¹⁾。

問題は、ここでいう「本人の利益のため特に必要で（が）あると認めるとき」とは、どのような場合かということである。立案担当者は、①本人が任意後見人に委託した代理権を行うべき事務の範囲が狭すぎる上、本人の精神の状況が任意の授権の困難な状態にあるため、他の法律行為について法定の代理権の付与が必要な場合、②本人について同意権・取消権による保護が必要な場合を、その例として挙げている⁽³²⁾。

前掲【2】決定および大阪高裁平成14年6月5日家月54巻11号54頁は、この問題について判示している。

【2】札幌高裁平成12年決定

事実の概要については、前掲参照。

[判旨]

抗告棄却。

「抗告人は、原審判が任意後見契約の締結を本件申立て却下の理由としているのは不当である旨主張するが、任意後見契約の締結に関する原審判の説示は、仮定的な付言である上に、任意後見契

⁽²⁸⁾ 上山・前掲（注25）実践成年後見124頁。

⁽²⁹⁾ 上山・前掲（注25）実践成年後見124頁。

⁽³⁰⁾ 本決定においては、適切な第三者後見人を得ることができた旨指摘されているが、本文で述べたような観点からするなら、原審判時に適任の第三者後見人候補がなかった点が、申立て却下の判断に大きな影響を与えたという指摘が説得的であるように思われる（上山・前掲（注25）実践成年後見125頁）。

⁽³¹⁾ 小林＝原・前掲（注1）423頁，477頁。

⁽³²⁾ 小林＝原・前掲（注1）478頁。

約に関する法律10条1項は『任意後見契約が登記されている場合には、家庭裁判所は、本人の利益のため特に必要があると認めるときに限り、後見開始等の審判等を行うことができる。』と定めているところ、本件で特に必要があると認めべき事情が見出しがたいことは原審説示のとおりであるから（記録によれば、本人の財産については、既に財産目録が作成されており、今後の大きな支出については、Eに管理が委ねられる手筈が整えられていることが認められる。）、原告人の主張は理由がない。』

[5] 大阪高裁平成14年6月5日決定家月54巻11号54頁⁽³³⁾

[事実の概要]

事件本人A男B女には、長男X（原審申立人）と次男Y（原告人）の2人の子供がいた。Aは、心筋梗塞により入退院を繰り返していたが、平成11年12月以降、Bは、骨折により、平成12年2月以降、ともにC病院に入院した。ABは、週末にYに迎えに来てもらい、土・日曜日を自宅で過ごし、月曜日に病院に戻るとい生活をしており、ABが保有する不動産や預貯金の管理もYに委ねていたところ、平成12年7月5日、Xが、AB兩名につき、保佐開始および保佐人の同意を要する行為を定める旨の審判を申し立て、その申立書において、保佐人候補者として自己が適任である旨述べた。その後、平成12年10月6日、AB兩名は、ABを本人（任意後見委任者）、Yを任意後見受任者とする任意後見契約を締結し、いずれの任意後見契約も、同月13日に登記がなされた。原審は、AB兩名につき、保佐を開始し、兩名の保佐人としてD弁護士を選任するとの審判をした。その際、AB兩名に民法11条所定の保佐開始の要件が認められるとしたうえ、XとYの間に争いがあることを考慮して、中立公正で法律的素養のある弁護士を保佐人に選任したという。これに対して、Yが抗告。

[判旨]

取消・差戻。

「1 任意後見契約が登記されている場合には、家庭裁判所は、『本人の利益のため特に必要がある』と認めるときに限り、保佐開始の審判を行うことができる（法10条1項、4条2項）。法は、平成12年4月1日に施行された新しい成年後見制度における自己決定尊重の理念にかんがみ、任意後見を選択した者については、民法所定の成年後見制度を必要とする例外的事情がない限り、任意後見を優先させようとするのである（任意後見監督人が選任されていないために任意後見契約が効力を生じていない場合においても、この点は変わりがない。）。

2 上記のとおり、本人兩名はいずれも任意後見契約を締結しており、かつ、その登記がされている。

これら契約が、人違いや行為能力の欠如により効力が生じないのであれば、『本人の利益のため特に必要がある』かどうかについて判断するまでもなく本人兩名につき保佐を開始してよいことにな

⁽³³⁾ 本決定の評釈として、二宮孝富・民商128巻6号839頁、山田真紀・判例タイムズ1125号112頁、星野茂・実践成年後見20号138頁、同・成年後見法研究4号186頁等がある。また、本決定および札幌高裁平成12年決定を契機として書かれたものとして、飯島紀昭「任意後見と法定後見について」小野幸二教授古稀記念論文集『21世紀の家族と法』（法学書院、2007年）467頁、星野茂「任意後見と法定後見の関係」法律論叢80巻1号（2007年）67頁等がある。

るが、原審記録による限り、この契約の無効原因もうかがうことはできないから、本件で、保佐を開始するためには、本人兩名について、『本人の利益のため特に必要がある』と認められることが必要である。

3 ここでいう『本人の利益のため特に必要がある』というのは、諸事情に照らし、任意後見契約所定の代理権の範囲が不十分である、合意された任意後見人の報酬額が余りにも高額である、法4条1項3号口、ハ所定の任意後見を妨げる事由がある等、要するに、任意後見契約によることが本人保護に欠ける結果となる場合を意味すると解される。

ところが、原審判は、この点について何も判断を示していないし、原審記録を検討しても、この点の積極的な審理・調査が尽くされたとも認められない（なお、本件においては、平成12年7月5日に本件保佐開始の申立てがされ、原審の家庭裁判所調査官が調査のため同年9月12日に抗告人と面接した後で、かつ、同調査官が本人兩名の担当医師から同年9月28日に診断書を受理した後に、任意後見契約が締結され、登記されたことが認められるが、保佐開始の申立て後であっても、任意後見契約が登記されたときは、保佐開始の審判をするためには本人の利益のため特に必要があることを要するのであり、また、上記の経過のみから、本人の利益のため特に必要があると認めることはできない。）。

【2】決定も【3】決定も、それぞれの原審判に認定された事実によれば「本人の利益のため特に必要がある」とはいえないとしたものである。

特に、【3】決定は、「本人の利益のため特に必要がある」という要件について、任意後見契約によることが本人保護に欠ける結果となる場合を指すと明示し、立案担当者が挙げる例以外のものとして、合意された任意後見人の報酬額があまりにも高額である場合および任意後見契約法4条1項3号口、ハ所定の任意後見を妨げる事由がある場合を挙げている点、および、具体的な判断としても、法定後見の申立てをした者と対立する親族が、申立後に対抗措置のように任意後見契約を締結したとも考える場合でも、それだけでは、「本人の利益のため特に必要がある」とは言えないとした点で重要であろう⁽³⁴⁾。

もっとも、これらの決定に対しては批判もあるところである。

第一に、法定後見の類型に着目するものがある。すなわち、「補助では本人の意思確認をもとに自己決定を尊重することができるが、保佐（及び後見）では、鑑定による判定をもとにした本人保護が必要となる」とし、「任意後見の優先効は法定後見の類型に対応して、自己決定の尊重より本人保護の理念が重視されるべき場合がある」という⁽³⁵⁾。そして、【3】決定について、「保佐申し立てにもかかわらず、契約・登記を重視しており、意思能力には着目していない点に問題がある」とする⁽³⁶⁾。

第二に、任意後見契約の締結時期に着目するものがある。すなわち、法定後見開始審判の申立後

⁽³⁴⁾ 山田・前掲（注33）113頁。山田・前掲（注33）113頁は、任意後見契約が登記されていても、任意後見契約が効力を生じない場合には、本人の利益のため特に必要があるかどうかを判断せずに、法定後見を開始できるとした点でも意義があるとする。

⁽³⁵⁾ 二宮・前掲（注33）842頁。

⁽³⁶⁾ 二宮・前掲（注33）843頁。

に、あたかもこれを回避する手段として締結・登記されたかのような任意後見契約については、通常の将来型の任意後見契約とは異なるとし、【2】決定について、「任意後見と法定後見との長短を念頭においた上で、いずれが適当か、本人を取り巻く様々な状況に即して判断すべきであり、本件については、原審判を取消し差し戻すべきではなかったか」という⁽³⁷⁾。

これらの議論について検討するには、任意後見制度と法定後見制度との関係について、今一度立ち入った検討を行い、「本人の利益のため特に必要がある」場合について、一定の理論的整理をする必要があると思われるが、本稿でなし得る作業ではない。

本稿の問題関心からは、次の2点に着目したい。

第一に、自己決定の尊重という観点から、任意後見と法定後見との調整弁として設定された「本人の利益のため特に必要がある」という要件の具体化が図られており、ここでは、一方で本人に任意後見制度を選択したという自己決定を強調し、この要件を厳格に解する可能性があり、他方で、本人保護の理念を強調し、比較的緩やかに保護の必要性を肯定する可能性が示されているといえることである。ここには、かなりの解釈の幅が存するように思われる。

第二に、他方で、そのような解釈のなかには、単に要件の具体化のみならず、立案担当者の政策的判断について、批判的な観点が含まれている可能性があり、その意味では、立案担当者の価値判断自体が問われている側面もあるように思われることである。

5 若干のコメント

以上、法定後見の開始の場面に関わる裁判例を概観してきたわけであるが、結局、いずれの問題についても、立案担当者が設定した広い意味での「自己決定の尊重」と「本人保護」という理念との調和のあり方が、解釈論の局面で改めて問われているといえそうである。

そのこと自体は、あるいは当然のことでもあり、また、なされるべきものであると思われるが、ここで留意すべきは、その調和のあり方の整合性ではなからうか。

例えば、任意後見との関係においては、立案担当者が挙げる例として、取消権の保護が必要な場合が示されているが、審判の裁量性の問題においてみたように、立案担当者の見解によれば、後見・保佐については、具体的な保護の必要性を考慮せず、一定の判断能力の低下のみによって後見・保佐制度が発動されることになっており、保佐・後見については、当然に一定の範囲で取消権の保護が与えられることになっている。つまり、立案担当者の見解によれば、後見・保佐程度の判断能力の低下があれば、当然に一定範囲で取消権の保護が必要であるという政策的判断がなされているといえそうである。そうだとすると、保佐・後見程度の判断能力の低下がある場合には、常に任意後見より法定後見が優先することにならないのか、という疑問が生じる。もちろん、通常の法定後見の場合に保護が発動される必要性と、任意後見がある場合の法定後見による保護の必要性とは別であり、後者については、取消しによる具体的な保護の必要性を要することを明らかにしたのが、まさに「本人の利益のため特に必要がある」という要件であると考えられることもできようが、果

⁽³⁷⁾ 西原・前掲（注13）91頁。

たして、このように解することが、後見・保佐が開始される要件として具体的保護の必要性が不要であるとした理由との関係で整合的なのかは、慎重に検討する必要があるように思われる。逆に、後見・保佐制度の発動には具体的な保護の必要性を要とする場合には、翻って、「本人の利益のため特に必要がある」という要件をどのように解すべきかが問題とされよう。【4】【2】【5】決定において、このような整合性の問題が意識されているようには思われない。

また、学説において、任意後見との関係に関する【2】【5】決定に対して、本人保護の観点から批判的な見解があるところであるが、同じく本人の自己決定の尊重の観点から、本人の同意が必要とされる補助の局面においては、【2】【3】決定に本人保護の観点から理解する契機がないわけではなくともかかわらず、そのような見解はあまり聞かれない。確かに、条文の文言の制約があり、より広い解釈の可能性がある場合（任意後見との関係）とそれが困難である場合（補助における本人の同意）という違いは大きいといえようが、例えば、精神上の障害の要件については、【1】決定を契機として、文言上の制約がかなりあるといえるにもかかわらず、本人の実際上の保護の必要性の観点から身体上の障害を含むという学説もあるところであり、果たして理論的に整合がとれているのかは、やはり検討する余地があるように思われる。

このように、それぞれの場面で、一方では本人保護が強調され、他方で自己決定の尊重が強調された解釈がなされるが、本人保護が強調される場面と自己決定の尊重が強調される場面とを整合的に説明することができる理論がなければ、水掛け論的な議論に陥ってしまうであろう。ここでは、一口に「自己決定の尊重」「本人保護」といっても、様々なレベルが観念できるということに十分留意しながら⁽³⁸⁾、「自己決定の尊重」「本人保護」の内実自体を問うことに加えて、「自己決定」と「本人保護」の現れの整合性を意識しつつ、それを媒介する中間的な理論を成熟させることが必要とされているのではないか⁽³⁹⁾。

おわりに

以上、とりとめのない議論に終始したが、ここで取り上げた問題は、結局は、我が国の成年後見制度の制度設計における政策的判断の整合性の問題に帰着することとなるように思われる。

成年後見制度については、すでに多くの改正に向けた議論が提起されているが、そこでは、実務上の問題点への対応という側面が強いように思われる。もちろん、それが最重要な課題であることはいままでもないことである。しかしながら、裁判例および学説の動向も踏まえつつ、成年後見制度の全体の制度設計の整合性について、今一度俯瞰的視点から精査し直すことも必要なのではなからうか。成年後見制度をめぐる実務的な個別問題への対応と並んで、成年後見法の理論的深化の必要性を痛感するところである。

（くまがい・しろう 金沢大学人間社会研究域法学系教授）

⁽³⁸⁾ 大村敦志『「能力」に関する覚書』ジュリスト1141号（1998年）16頁以下参照。

⁽³⁹⁾ ドイツ法における必要性の原則は、このようなレベルの理論として位置づけることができるように思われる。