



大阪家裁総第230号

令和3年3月23日

山中理司様

大阪家庭裁判所長 田中俊次



司法行政文書開示通知書

2月28日付け（3月2日受付，大阪家裁総第182号）で申出のありました司法行政文書の開示について，下記のとおり開示することとしましたので，通知します。

記

- 1 開示する司法行政文書の名称等  
後見センターだより（第23回）（片面で8枚）
- 2 開示の実施方法  
写しの送付

（担当） 総務課 電話06（6943）5432

## 後見センターだより（第23回）

### 1 はじめに

今回は、成年被後見人となるべき者（以下「本人」という。）による後見開始の申立て（以下「本人申立て」という。）について、申立人である本人の**手続行為能力**という観点から検討を行い、実務上生じ得る問題点や、手続代理又は申立てを支援するに当たって参考にしていただきたい点を紹介します。

### 2 後見開始を申し立てる本人の手続行為能力<sup>1</sup>

家事事件手続法118条1号は、後見開始の審判事件については、本人が自ら手続行為をすることができる旨規定しています。これは、後見開始の審判事件は、本人の利益の観点から処理されるものですから、本人が**意思能力を有する限り**、自ら審理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のが相当であると考えられたためです<sup>2</sup>。そのため、本人が意思能力を欠いている場合には、自ら手続行為をすることはできません<sup>3</sup>。

民法7条は、本人が後見開始の申立権を有する旨規定しています。この規定は、本人が**事理弁識能力を欠く常況から一時的に回復したとき**<sup>4</sup>、自身について後見開始を申し立てることを想定しているにすぎません。したがって、申立人である本人が、その心身の状態にかかわらず常に後見開始を申し立てることができるわけではありません。

---

<sup>1</sup> 家事事件の手続における手続上の行為をすることができる能力をいい（家事事件手続法17条1項）、民事訴訟における訴訟能力に対応している。

<sup>2</sup> 金子修編「逐条解説家事事件手続法」（平成25年、商事法務）377頁

<sup>3</sup> 手続委任自体も単独の手続行為である以上、意思能力を欠いた本人が、弁護士に手続委任できないことは当然である。このような手続委任は無効である。

<sup>4</sup> 松原正明外編「実務成年後見法」（令和2年、勁草書房）58頁。旧禁治産制度下においても、「本心の回復中」にのみ行うことができると考えられていた（我妻栄「新訂民法総則」（昭和40年、岩波書店）77頁）

### 3 申立人である本人の意思能力の認定

#### (1) 検討の枠組み

上記2で述べたように、家事事件手続法118条は、本人が意思能力を有する限りにおいて自ら手続行為をすることができる旨を規定したものです。また、本人申立ては、本人自身について、事理弁識能力を欠く常況にあることを理由とするものであり、申立てに当たってはそれを証明するための診断書等の資料も併せて提出されています。これらのことから、本人申立てが適法なものであるといえるためには、申立人である本人の能力が一時的に回復し、少なくとも後見開始が申し立てられた時点において、意思能力が存在していたと認めることができる必要があると考えられます。

手続行為に関する意思能力の有無は、具体的な手続行為ごとに<sup>5</sup>、その手続行為の内容、その結果の重大性のほか、本人の精神能力の状況、手続行為のされた状況からみて、当該手続行為の意義を理解し得たかどうかによって判断されます<sup>6</sup>。

#### (2) 申立人である本人に理解し得ることが求められる後見開始の申立てという手続行為の意義

後見開始の申立てという手続行為について意思能力があるといえるために、申立人である本人において理解し得ることが求められる、後見開始の申立てという手続行為の意義にはどのような内容が含まれているのでしょうか。

後見開始の申立ては、後見開始の審判がされることを目的として行われるものですから、後見開始の審判がされたことによって生じる主要な法律効果がこれに含まれると考えられます。後見センターでは、少なくとも、①家庭裁判所が選任した成年後見人が付されること（民法8条、843条1項）、②成年後見人が包括的代理権を有すること（民法859条1項）、③日用品の購入その他日常生活に関

<sup>5</sup> 最高裁昭和29年6月11日第2小法廷判決（民集8巻6号1055頁）は、同一人物による控訴の提起と控訴の取下げのそれぞれについて個別に訴訟能力を検討している。

<sup>6</sup> 秋山幹男外「コンメンタール民事訴訟法I〔第2版追補版〕」（平成26年、日本評論社）・295頁参照

する行為を除き、単独で有効な法律行為をすることができなくなること（民法9条）については、これに当たると考えています。具体的な事案によっては、これらの要素にとどまらず、成年後見人に対して裁判所が定めた報酬を支払う必要があること（民法862条）などについても、申立人である本人において理解し得ることが求められる場合があると思われま

#### 4 後見センターにおける意思能力の調査

上記3で述べたところを踏まえ、後見センターでは、後見開始が申し立てられた時点において、申立人である本人が事理弁識能力を欠く常況から、後見開始の申立てという手続行為の意義を理解し得る程度に、一時的に回復していたと認定できるかという観点から、一件記録を調査しています。その際に重要となる着眼点の一例は次のとおりです。

##### (1) 普段の能力の程度

申立人である本人が、普段、どの程度の見当識、意思疎通の能力、理解力・判断力、記憶力を有しているのかを検討します。

事理弁識能力を欠く常況にあるといっても、実際には、保佐類型に近接するような事例から、いわゆる植物状態の事例まで、見当識、意思疎通の能力、理解力・判断力、記憶力の程度は様々です。普段から、後見類型の中でも比較的高い能力を有している場合には、事理弁識能力を欠く常況から一時的に後見開始の申立てという手続行為の意義を理解し得る程度に回復することは、比較的容易に想定されます。他方、普段から後見類型の中でも能力の障害の程度が極めて大きい場合には、後見開始の申立てという手続行為の意義を理解し得る程度にまで回復することは困難であると思われま

##### (2) 後見開始申立てに関する説明内容及びそれに対する反応

専門職が関与する事案では、本人申立てをするに先立って、専門職が、本人に対し、後見の制度の概要やこれを利用する必要性を、その能力等に応じた分かり

やすい平易な言葉で説明しているものと思われます。その際の専門職の説明内容やそれに対して本人が示した反応は、本人が後見開始の申立てという手続行為の意義を理解し得たか否かを直接にうかがい知る手掛りとなるものです。そのため、これらについては、申立人である本人の意思能力の認定に当たって、極めて重要な意味を有すると考えられます。

逆に言えば、後見開始申立てに関する説明が十分なものではない場合、又は必要な説明がされていたとしても本人の反応がこれを理解し得たことを示すのに足りないものである場合には、申立人である本人が、事理弁識能力を欠く常況から、後見開始の申立てという手続行為の意義を理解し得る程度に、一時的に回復したと認めることが困難となります。

## 5 意思能力の認定が困難となる事例の紹介

上記4で述べたような調査の結果、申立人である本人の意思能力の存在を認定することが困難であり、手続行為能力に疑義が生じる事案も散見されるところです。しばしば見られる事例を紹介します。

### (1) 申立人である本人の能力が極めて低い事例

長谷川式認知症スケールやMMSEの検査が実施できない程度に能力が低下している場合や、実施できたとしてもその点数が極めて低い場合が挙げられます。

### (2) 後見開始の審判がされたことによって生じる主要な法律効果の説明が不足している事例

ア 申立人である本人に対する後見の制度の説明が、その福祉的意義に偏っており（すなわち、成年後見人が、本人に代わって、財産管理を行ったり、医療機関や福祉施設等との間で必要な法律行為を行ったりすることに関する説明に終始している。）、後見が開始されることによって行為能力を喪失することに関する説明がされた形跡がうかがえない場合が挙げられます。

近時は、身上保護が重視され、後見の制度の福祉的意義が前面に押し出

される傾向があります。他方で、後見開始審判によって行為能力を喪失するという権利の制約という一面があることは否定できません。後見センターとしては、申立人である本人及びその関係者が、このような後見の制度の一面についても理解した上で、後見の制度を利用してほしいと考えています。

イ 中には、後見の制度の説明が、その福祉的意義においても不足しているのではないか(漠然としすぎているのではないか)という事例も見られます。例えば、申立関係書類に表れる本人に対する説明内容が、「後のことは、〇〇先生にお任せすることにしていいですね。」などという、成年後見人の役割を何ら具体的に説明していない事例です。

もちろん、申立関係書類に記載されているほかにも、専門職からは必要な説明が丁寧にされていることが通常であろうと思われませんが、裁判所が申立人である本人の意思能力を精査する過程で、この種の漠然とした説明しかされていないことに気づき、当該事案における意思能力の確認が十分行われたであろうことに疑いを持たざるを得ない事案も、少なくない頻度で見受けられるところではあります。

### (3) 後見の制度の説明に対して申立人である本人が示した反応に問題がある事例

ア 後見の制度の説明に対して申立人である本人が示した反応が、うなづく動作をする、「はい」と述べたにとどまるような事例が挙げられます。特に認知症を患う高齢者の方に見られるこのような言動は、必ずしも理解の表れと評価することができず、単に呼びかけに反応したにとどまることも多いのではないかと考えられます。

イ また、申立関係書類の中で、申立人である本人の後見の制度に関する理解に関する記載が矛盾していたり、「説明したが理解できていない」旨の記載があつたりすると、申立人である本人の一時的な能力の回復を的確に認定できなくなります。

#### (4) まとめ

意思能力の有無は、記録上うかがわれる諸般の要素を総合考慮して決せられるべきものですから、以上に紹介した事例の一つにでもあてはまれば当然に意思能力が否定されるというわけではありません。しかし、法定後見制度利用の必要性が強く感じられる場合であればあるほど、利用者あるいはこれを支援する専門職の側に、一刻も早く後見等開始審判を得ようとするバイアスがかかりがちであることは否定できないでしょう。申立人が本人である事案においては、このバイアスが感じられる事案が比較的多いと思われ、専門職の皆さまに改めて上記事例のような問題点を意識していただきたいと思います。

### 6 本人の手続行為能力に疑義がある場合の後見開始の申立ての在り方

#### (1) 申立てに先立って申立関係書類を精査すること

弁護士が、申立人である本人の手続代理人として後見開始の申立てを行う際には、申立書の提出に当たって再度申立関係書類を精査し、申立人である本人の手続行為能力に疑義がないかを検討していただきたいと思います。

申立関係書類は、その全てを手続代理人たる専門職である弁護士が作成するわけではなく、医師、申立人である本人の親族、福祉関係者等が作成するものもあります。これらの関係者は、申立人である本人の心身の状況を、同一の時点で観察しているわけでも、それを法律的な観点から情報を取捨選択して書面に記載するわけでもありません。そのため、申立関係書類を一体として見ると、申立人である本人の意思能力を認定する要素となる事実について、申立関係書類の内部で記載が矛盾していたり、事実が不足していたりする（例えば、意思能力の存在を否定する方向の事実が記載されているのに、それを覆すに足りる事実の記載がない。）ことが、往々にして見られます。

申立書の提出に先立って申立関係書類を精査した上で、必要に応じ、その記載の矛盾を解消し、不足した事実を補うための書面（形式は問いません。）を作成し

てください。

## (2) 親族申立てや首長申立てを検討すること

本人の意思能力に疑義が残る場合には、本人以外に後見開始の申立権を有する者による申立てを検討してください。

親族の協力が難がある事案が少ないこと、首長申立てに至るための行政上の手続に時間を要することは、後見センターも承知しています。しかしながら、上記5(2)アでも述べたとおり、後見開始の審判には本人の権利を制約するという側面があることは否定できません。そうであるからこそ、家庭裁判所において適正な手続を履践することが求められているのであって、このような適正手続の要請を軽視することは相当でないと考えられます。

以 上



今回は、特別代理人選任申立てについてお話しします。

①成年後見人と成年被後見人がともに相続人となるような遺産分割協議や、②成年後見人自身の債務の担保を目的とした成年被後見人所有不動産への抵当権設定等、客観的に見て、成年後見人と成年被後見人との間で利害の対立が生じるおそれのある場合には、成年後見人の権限行使の公正を担保し、成年被後見人の利益を保護するために、成年後見人は、裁判所に、特別代理人選任の申立てをする必要があります（民法860条、826条）。

ただし、後見監督人が選任されている場合は、後見監督人が成年被後見人を代表しますので、その必要はありません（同法860条ただし書、851条4項）。

特別代理人は、原則として、成年後見人に関する規定が類推適用されますので、選任に当たっては、成年後見人と同様、欠格事由の有無が問題になります。申立書に候補者が記載されている場合、後見センターでは、欠格事由の有無を審査するために、候補者の陳述書の追完をお願いすることが多かったのですが、この度、従前からのご要望を踏まえて、申立てに関する手続案内文書を改定するとともに、新たに陳述書のひな型を作成し、大阪家裁後見サイトに掲載しましたので、ご活用ください。

なお、後見センターでは、候補者に対し、「照会書」を送付し、その回答に基づいて成年被後見人との利害関係の有無や特別代理人としての適格性を審査します。陳述書の作成に加え、照会書に対する回答についても、ご協力ください。

最後に、保佐や補助の場合は、特別代理人ではなく、それぞれ臨時保佐人、臨時補助人の選任の申立てをすることになります（保佐について民法876条の2第3項、補助について民法876条の7第3項）。基本的な手続の流れは特別代理人と同様です。申立ての際には、大阪家裁後見サイトに掲載している特別代理人の手続案内文書を参考にさせていただくとともに、候補者の陳述書は特別代理人のものをご利用ください。