

論説

制限行為能力制度に基づく取消権の実効性

——成年後見センター・リーガルサポートのアンケート調査結果を踏まえて——

上 山 泰

- I. はじめに
- II. 本アンケートの意義—取消権の実効性をめぐる議論の課題—
- III. アンケート結果の紹介と分析
 - (1) アンケートの概要
 - (2) 取消権行使の実態
 - (a) 取消権行使の検討と現実の行使の頻度
 - (b) 取消権行使の対象となった法律行為
 - (c) 取消権不行使の理由
 - (d) 現行制度に対する評価
- IV. おわりに

I. はじめに

平成25年6月19日、「障害を理由とする差別の解消の推進に関する法律（障害者差別解消法）」が成立した。これにより、国連の「障がいのある人の権利に関する条約」（以下、権利条約）の批准に向けた国内法の整備は大きな山を越えた。既に権利条約の批准国は133¹⁾にのぼっており、日本政府の対応は遅きに失した感は否めないものの、ようやく批准の具体的な見通しがたったといえる。

しかし、これで国内法の整備が完了したとみなすわけにはいかない。筆者の専門とする民法の領域においても、権利条約12条との関係上、現行の法定後

1) 直近では、2013年6月3日にノルウェー、6月11日にパラオ、7月18日にシンガポールがそれぞれ批准している（パラオは選択議定書も併せて批准）。

見制度が重大な修正を迫られていると思われる²⁾。詳細は既存の別稿³⁾に譲るが、権利条約12条は、判断能力不十分者の法的な保護・支援のあり方に関して、代理・代行的意思決定から自己決定支援（意思決定支援）⁴⁾へのパラダイム転換を求めている。そして、国連の障害者権利委員会による国際モニタリングの動向⁵⁾を見る限り、このパラダイム転換に向けた要請は、年々、厳格化してきているように思われる⁶⁾。もし我々がこの要請を忠実に履行しようとするならば、制限行為能力制度と法定代理権制度から構築された伝統的な成年後見制度の仕組みを、原則的に支援付き意思決定（supported decision-making）の仕組みへと置き換えていくことが必要になる。筆者は、こうした近年の国際的な議論の方向性を、基本的には正当であると考えているが、しかし、その一方で、権利条約の理念をわが国の民法の中で具体化していくためには、さまざまな水準における法的・社会的な環境整備が必須であるといわざるをえない。

2) たとえば、法政大学大原社会問題研究所・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、2013年）に収録された、上山泰・菅富美枝「成年後見制度の理念的再検討—イギリス・ドイツとの比較を踏まえて—」3-38頁、上山泰「現行成年後見制度と障がいのある人の権利に関する条約12条の整合性—「小さな成年後見」の視点から—」39-116頁、菅富美枝「「意思決定支援」の観点からみた成年後見制度の再考—イギリス2005年意思決定能力法からの示唆—」217-261頁のほか、成年後見法研究10号（2013年）に収録された、新井誠「障害者権利条約と横浜宣言」3-14頁、田山輝明「障害者権利条約と成年後見制度—条約12条と29条を中心に—」23-35頁等を参照されたい。岡孝「東アジアにおける成年後見制度の比較」民事研修667号（2012年）5頁も権利条約との関係での制限行為能力制度見直しの必要性に触れる。さらに、当事者団体である日本障害者フォーラムによる「障害者権利条約法務省関連の項目についての意見書（2009年8月20日・第9回政府意見交換会）」（<http://www.normanet.ne.jp/~jdf/yobo/20090820.html>）も、権利条約12条と現行法定後見制度との不整合を指摘している。

3) 前掲上山（注2）39-116頁。

4) 自己決定支援（意思決定支援）の理念に関して、イギリス法を素材として綿密な分析を試みた先行業績として、菅富美枝『イギリス成年後見制度にみる自律支援の法理—ベスト・インタレストを追求する社会へ—』（ミネルヴァ書房、2010年）がある。

5) これまでに公表済みのチュニジア、スペイン、ペルー、ハンガリー、アルゼンチン、中国に対する総括所見（concluding observation）における各国の成年後見制度に対する評価については、前掲上山（注2）97-101頁を参照されたい。

本稿では、この準備作業の1つとして、成年者に関する制限行為能力制度⁷⁾の廃止・縮減の可能性を探るために、わが国最大の専門職後見人団体である「公益社団法人成年後見センター・リーガルサポート」(以下、リーガルサポート)⁸⁾が実施した、おそらくは本邦初の取消権行使の実態に関するアンケート調査(「取消権行使についてのアンケート」)について、その結果⁹⁾の紹介と分析を試みることにする。なお、本稿の執筆に当たっては、筆者がこのアンケート項目の作成等に協力した経緯もあり、リーガルサポートのご厚意により、特別に許可を受けて、未公表の自由記載部分を含むアンケートの全集計データを閲覧

-
- 6) 2010年に公表された国連人権高等弁務官事務所による”Monitoring the Convention on the Rights of Persons with Disabilities – Guidance for human Rights Monitors”は、モニタリング方法の具体例を示しているが、この中で、12条に関する遵守すべき義務(Obligation to respect)のチェック・ポイントの1つとして、「本人の障がいに基づいて、その法的な行為能力(legal capacity to act)を障がい者から完全にあるいは部分的に剥奪する法的なメカニズムが存在しているか?(例:障がい者を代理し、障がい者の代理人として行動する他者を選任するための法的手続、完全後見あるいは限定後見(full or partial guardianship))」という項目を挙げている(p.55)。
- 7) 本稿では、未成年者の取消権は検討の対象外とする。このため、本稿での「判断能力不十分者」という表記は、判断能力の不十分な成年者のみを指すことをお断りしておく。
- 8) 公益社団法人成年後見センター・リーガルサポートは、日本司法書士会連合会が中心となり司法書士を正会員として設立された法人である。平成25年4月1日時点での会員数は6379人、全国司法書士会員数20979人の約3割が入会している(月報司法書士495号(2013年)89頁参照)。なお、平成24年の法定後見人選任の件数32263件のうち、約2割に当たる6382件を司法書士が占めており(最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況—平成24年1月～12月—」参照)、司法書士はわが国の第三者後見人に関する最大の供給母体となっている。少なくとも現状では、選任されている司法書士の全てがリーガルサポートに加入しているわけではないが、近時、東京家裁では、専門職後見人の監督体制強化を目的に、司法書士を選任する場合には、原則的にリーガルサポートが提出している名簿搭載者を対象とする取り扱いを始めたようである。わが国の「専門職後見人」は、あくまでも各資格領域に関する専門家であるにすぎないので、第三者後見人としての適性担保には専門資格職であるという事実だけでは不十分である(上山泰『専門職後見人と身上監護(第2版)』(民事法研究会、2010年)3-6頁)。したがって、成年後見職務に特化した継続研修等の体制を確保しておく必要があり、東京家裁の対応は正鵠を射たものと評価できる。

させていただいたことを付言しておく¹⁰⁾。

II. 本アンケートの意義—取消権の実効性をめぐる議論の課題—

権利条約12条の「法的能力 (legal capacity)」の対象として、日本法上の行為能力が含まれると考えた場合、終局的には制限行為能力制度の完全廃止が議論の俎上に載ることになる。ここで仮に廃絶までは免れるとしても、少なくとも、近時の成年後見法領域における国際標準といえる法理念である「必要最小限の介入原則」からすれば、行為能力の制限は、本人の現有能力と個別具体的なニーズに比例した必要最小限の範囲にとどめる必要がある¹¹⁾。しかしながら、わが国の民法学説には、わずかな例外¹²⁾を除いて、この点に関する問題意識が希薄であり、現在進行中の民法（債権関係）改正作業においても、意思能力や代理等の関連規定に関する議論がある一方で、行為能力それ自体については検討の対象から外されている¹³⁾。実務法曹も同様に、一部の例外¹⁴⁾を除けば、むしろ取消権の拡大によるパターンリスティックな本人保護を重視しているように見受けられる。たとえば、任意後見人への同意権・取消権付与を提

9) このアンケート結果は、同法人のWebサイトで公表されている ([http:// www.legal-support.or.jp/act/other.html](http://www.legal-support.or.jp/act/other.html))。なお、この結果は、途中集計の段階ではあるが、平成24年5月26日に開催された日本成年後見法学会第9回学術大会のシンポジウムでも、岩井英典司法書士によって紹介され、その分析が示されている（成年後見法研究10号（2013年）45-50頁参照）。

10) このアンケートを実施したリーガルサポート制度改善検討委員会の岩井英典司法書士には、今回のデータ閲覧に当たっても多大なご尽力をいただいた。また、松井秀樹理事長をはじめとするリーガルサポート関係者には、この場を借りて、あらためて感謝申し上げたい。

11) こうした問題意識から、2010年の日本成年後見法学会第7回学術大会では、筆者を座長とする第2分科会「能力制限の廃止・縮減—能力制限なき後見支援の可能性を求めて」が開催された。その成果が、成年後見法研究8号（2011年）に収録された、上山泰「制限行為能力制度の廃止・縮減に向けて—第2分科会問題提起—」20-34頁、菅富美枝「イギリス法における行為能力制限の不在と一般契約法理等による支援の可能性」35-50頁、熊谷士郎「日本法における消費者保護法理・意思無能力法理等の活用可能性」51-60頁である。

唱する日弁連の立法提言¹⁵⁾は、この象徴といえるだろう。

こうした状況は、平成11年民法改正によって、「自己決定の尊重」、「残存能力（現有能力）の活用」、「ノーマライゼーション¹⁶⁾」等の権利条約とも親和性のある現代的理念が成年後見制度に持ち込まれたにもかかわらず、依然とし

-
- 12) 注2及び注7に掲げた諸文献のほか、四宮和夫・能見善久『民法総則（第8版）』（弘文堂、2010年）43頁が、従来のわが国の後見制度は、本人の行為能力を制限することで財産の喪失から保護するという「消極的保護」の側面に重きを置いていたが、制度設計としては、本人の行為能力を制限せずに、本人の保護のための措置を充実することも考えられると指摘している。また、大村敦志「『能力』に関する覚書」ジュリスト1141号（1998年）16-22頁、及び、河上正二『民法総則講義』（日本評論社、2007年）72-73頁は、法定代理権が、制限行為能力制度に基づく取消権と同様に、本人の自己決定権を侵害するリスクを持つことを正当に指摘している。
- 13) 法制審の議論での実質的なたたき台であった、民法（債権法）改正検討委員会「債権法改正の基本方針」NBL904号（2009年）でも、行為能力は検討対象から外されている。他方、同じく法制審の参考資料とされた、民法改正研究会編「法律時報増刊 民法改正国民・法曹・学界有志案」（2009年）は、行為能力を含む成年後見を対象に含めてはいるが、該当箇所の改正案の主眼は親族編中の成年後見関係規定を総則編に移動して、関連条文の体系的整序を図ることにあったようであり、制限行為能力の縮減という視点は見当たらない。むしろ、「後見開始の審判以前の行為の取消し」や「被保佐人による無償での利益供与行為に関する保佐人の同意権拡張」といった新設規定案をみる限り、能力制限の範囲を拡張して、パターンリスティックな本人保護を強化する姿勢が強いように見受けられる。
- 14) 権利条約との関係上、制限行為能力制度の改正が必要となることを指摘する実務家の文献として、池原毅和「法的能力」松井亮輔・川島聡編『概説障害者権利条約』（法律文化社、2010年）183-199頁、赤沼康弘「法定後見制度の改善・改正の展望」新井誠・赤沼康弘・大貫正男編『成年後見法制の展望』（日本評論社、2011年）494-508頁等がある。平田厚『権利擁護と福祉実践活動—概念と制度を問い直す—』（明石書店、2012年）も、成年後見制度を含む権利擁護制度全般を念頭に権利条約と親和的な自己決定支援のあり方を論じている。
- 15) 2009年7月16日付け日本弁護士連合会「任意後見制度に関する改善提言」。この解説として、高江俊名「日本弁護士連合会「任意後見制度に関する改善提言」の解説」実践成年後見32号（2010年）109-117頁がある。
- 16) ノーマライゼーションという用語はわが国の官僚用語として定着しているが、権利条約との整合性の文脈では、「社会的包摂（social inclusion）」の概念を用いる方が好ましいように思われる。

て、わが国では旧来からの「本人の（客観的）保護」の理念をいささか過剰に重視する風潮が強いことを端的に示すものである。もちろん、平成11年民法改正では、「自己決定の尊重」等の新理念と「本人の（客観的）保護」との「調和」が目指されたわけであって、後者を前者に置き換えようとしたわけではない。また、判断能力不十分者に対する法的支援の仕組みから完全にパターンリズムの要素を払拭することも、そもそも現実性を欠く話だろう。したがって、たとえば悪質商法からの被害回復の場面のように、「本人の（客観的）保護」の視点が前面に出る状況の存在までを否定する必要はない。しかし、今後、権利条約が批准された暁には、判断能力不十分者を単なる保護の客体として扱うのではなく、可能な限り、自らの意思で社会に参画していく積極的な法主体として再定位することが強力に求められることになるだろう。

このとき、法政策上、最大の難所の1つとなるのが、「制限行為能力制度に基づく取消権を廃止あるいは縮減しても、適正な保護がなお可能か？」という率直な疑問である。たとえば、悪質商法のような事案での本人の救済が、意思無能力法理や民法90条の適用といった他の民法上のより一般的な仕組みや、あるいは消費者保護法制の中で、制限行為能力制度に基づく取消権によるのと同じ程度まで実効的に図れるのであれば、少なくとも、その限りで制限行為能力制度を縮減することは可能であろう。そして、仮に平成11年民法改正を通じて導入されたノーマライゼーションという新理念を、直接の対象であった成年後見法領域を超えて、民法全般にわたる現代的な法原理であると位置づけること¹⁷⁾ができれば、契約法や消費者法の一般法理を拡充していくことで、現在の制限行為能力制度を段階的に縮減し、終局的には廃止に導くという政策論が、理念的にも十分に説得的なものになるだろう。筆者は、こうした議論の方向性を積極的に支持する1人であるが、これに加えて、これまで、いささか無反省に当然の前提とされてきた取消権の実効性についても、丁寧な検証作業を

17) 内田貴「債権法の新時代—「債権法改正の基本方針」の概要—」（商事法務、2009年）21頁は、こうした理解の可能性を示唆する（ただし、内田自身は否定的）。

行うべきではないかと考えている。

もちろん、ごく一般的な抽象論として、制限行為能力制度に基づく取消権が判断能力不十分者の保護に関する最強の切り札であることに異存はない。意思無能力、公序良俗違反、錯誤、詐欺等の民法上の他の救済策や消費者契約法上の取消権に比べて、制限行為能力制度に基づく取消権には、主張・行使や立証の容易さの面で圧倒的なアドバンテージがある。また、同様の容易さを持つ特商法等のクーリング・オフと比べても、行使期間の点で明らかな優位性があるといえるだろう。さらに、判断能力不十分者の救済に当たっては、救済手段の行使についても適正な支援が必要である点に留意しなければならない。たとえば、本人がクーリング・オフを自力では主張できない状態にある場合には、その行使を現実的にサポートする者が身近に存在しない限り、実効性はゼロということになりかねないからである。こうした観点からは、取消権という救済手段と、その現実の行使を担保する保護機関¹⁸⁾の選任とを組み合わせた成年後見制度の基本構造には一定の合理性があることを再確認しておく必要があるだろう。

しかし、こうした優位性を承認したうえで、それでもなお、現在の取消権が本人の実際の救済につながっているかについては再検証する余地がある。たとえば、「日常生活に関する行為」に関しては、法定後見全類型に渡って、取消権が排除されている（民法9条但書き、13条2項、17条1項）。いわゆる悪質商法事案の一部も含めて、現実には本人自らが結ぶ売買等の契約対象の多くは、少なくとも形式的には日用品に該当することも少なくないため、取消権による原状回復の可能性は、実際にはかなり狭い可能性がある。また、本来、取消権が機能するのは、本人による法律行為が少なくとも外形的には存在する場合であるので、本人が遷延性意識障害の状態にあるなど、そもそも現実的に法律行為

18) なお、自己決定支援の観点からいえば、必ずしも救済手段の行使が保護機関の法定代理権の範囲に含まれていることまでは必要ない。本人自身が何らかの救済手段を行使することを支援するのも、保護機関の重要な役割と考えてよいし、なによりも、いわゆる「見守り機能」を通じて、適切な救済手段があるにもかかわらず、本人がこれを行使できずに放置されているという状況を未然に防止することこそが重要だからである。

を行える状況にないときは、その射程外である¹⁹⁾。こうしてみると、取消権が現実機能する領域は、一般に想像されているほど大きくないのではないかという疑問が生じるだろう。さらに、取消権の持つ中核的機能である原状回復機能についても、その実効性には疑問がないわけではない。たしかに不動産取引における登記回復請求のような場面では、取消権による原状回復が有効に機能する蓋然性が高い。しかし、計画的な悪徳商法による被害事案などの場合には、加害者の捕捉自体が困難であったり、あるいは、加害者の取得した財産が既に消尽あるいは隠匿されていたりするために、法的に取消権を行使したところで、現実の被害回復を十分に達成できないという事案は珍しくないのではないか。逆に、良識的な契約相手方であれば、法的な取消権行使を待つまでもなく、インフォーマルな交渉を通じて、十分な原状回復（合意による契約の解消と交付した財産の取り戻し等）を図ることが可能な場合もあるだろう。たとえば、池原毅和弁護士は、『成年後見実務の中で取消権が実際に行使された事例はほとんど聞かれない。少なくとも成年後見人や支援者が十分に日常的なコミュニケーションをとっていれば取消権を行使しなければならないような事態は起こりにくい。取消権を行使しなければならないような場合は成年後見人が成年被後見人とのコミュニケーションを怠っていたか、悪意のある相手方が成年被後見人を食い物にしようとして接近してきているような場合がほとんどであろう。前者は支援の充実によって解決されるべき問題であり、後者はむしろ障害のある人に対する搾取や虐待の防止、あるいは、消費者保護の法律によって解決されるべき問題である。...成年後見制度と行為能力の制限は論理必然的な関係に立つものではなく、成年後見の実務においても有効性があるのは日常的なコミュニケーションであって取消権や同意権が多大な効果を発揮しているわけではない。』²⁰⁾と主張している。取消権を現実に行使する事案は少ない旨の

19) ただし、この場合でも、実務的には、当該契約に関する本人の不関与に代えて、取消権の行使を主張することによって、事実上、立証責任に関する負担軽減を図れるという役割を果たす可能性は残るかもしれない。

実務家からの指摘²¹⁾ はほかにもあるし、権利条約の批准を見据えて議論を進めていくなれば、判断能力不十分者に対する契約法領域における支援についても、濃密な社会的支援や環境整備による被害予防という観点こそが重視されるべき²²⁾ であって、取消権による原状回復は、むしろ次善の支援手法として、文字通りの最後の手段と捉えることが望ましいだろう。

しかし、いうまでもなく、実務上、取消権が行使された事例が皆無であるというわけではないし、任意後見人への取消権付与を求める日弁連提言が示すように、伝統的な法律家の間における取消権信仰は根強いものがある。こうした状況下において、取消権の実効性について、単なる抽象論や、あるいは逆に、実務家の個別的な経験のみに基づいた議論を重ねたとしても、結局はある種の水掛け論に終始することになりかねない。その意味で、取消権の行使実態に関する実証研究が強く望まれていたといえるが、今回の取消権行使に関するアンケートは、わが国最大の専門職後見人団体による大規模な調査であり、第一級の研究資料といってよいだろう。アンケートの内容は、次の通りである。

[参考資料] アンケート内容

取消権行使についてのアンケート

Q1 貴方は補助人、保佐人、成年後見人に就任していますか。

- ①はい、就任しています（したことがあります）。・・・ Q2へお進みください。
②いいえ、就任したことはありません。・・・ Q9へお進みください。

Q2 貴方が今までに経験した補助人、保佐人、成年後見人の総数は何件ですか

- ①補助人 計 () 件 ・・・ Q3へお進みください。
②保佐人 計 () 件 ・・・ Q5へお進みください。
③成年後見人 計 () 件 ・・・ Q5へお進みください。

Q3 補助人には同意権が付与されています (いました) か。

①同意権が付与されていた。 計 () 件・・・ Q4へお進みください。
資料提供のお願い

【差し支えなければ、補助人に付与されていた同意権の内容を裏面に記載いただくか、登記事項証明書の同意権欄の写しを提供いただけると幸いです。】

②同意権は付与されていなかった。・・・ Q5へお進みください。

Q4 補助人に同意権が付与されていた理由は何ですか。(複数回答可)

- ①本人の財産に株式や賃貸物件等の管理に高度な判断能力を要するものがある。
②補助開始申立て以前から、本人が何らかの財産被害にあった。
③本人が在宅生活のため、消費者被害が予想される。
④本人が浪費傾向にあり、財産を失う恐れがある。
⑤その他 ()

Q5 貴方は補助人、保佐人、成年後見人として取消権行使を検討したことはありますか。また、そのうち実際に行使したのは延べ何回程度ありますか。【差し支えなければ、裏面に事例を紹介いただけませんか。】

①取消権行使を検討したことがあるのは、
後見 (延べ) 回、保佐 (延べ) 回、補助 (延べ) 回
そのうち、実際に取消権を行使したのは、
後見 (延べ) 回、保佐 (延べ) 回、補助 (延べ) 回
である。・・・ Q6以下へお進みください。

②取消権行使を検討するようなことはなかった。・・・ Q9へお進みください。

Q6 貴方が取消権を検討あるいは行使した事案の被後見人等 (本人) は何人ですか。

取消権を検討した事案の人数は、
被後見人 () 人、被保佐人 () 人、被補助人 () 人
そのうち、取消権を行使した事案の人数は、
被後見人 () 人、被保佐人 () 人、被補助人 () 人

Q7 貴方が検討した取消権の対象となった法律行為は何ですか。また、そのうち実際に取消権を行使した場合は、その回数もご回答ください。(複数回答可)

- ①預金引出等 (うち行使) 回 ②保険 (うち行使) 回
③借入れ (うち行使) 回 ④保証 (うち行使) 回
⑤売買 (うち行使) 回 ⑥賃貸借 (うち行使) 回
⑦贈与 (うち行使) 回 ⑧遺産分割 (うち行使) 回
⑨相続放棄等 (うち行使) 回 ⑩請負 (うち行使) 回
⑪その他 () うち行使) 回

Q8 貴方が取消権行使を検討したが結局行使しなかったのはなぜですか。それぞれの回数もご回答ください。(複数回答可)

- ①事情説明や警告等により相手が任意に応じ問題が解決した。 計 () 回
- ②消費者契約法や意思表示の瑕疵など他の法理で対応した。 計 () 回
- ③日常生活に関する行為に該当すると考えた。 計 () 回
- ④取消権を行使しても被害が回復されないと判断した。 計 () 回
- ⑤取消権を行使する相手方が特定できなかった。 計 () 回
- ⑥本人の自己決定権の行使を尊重した。 計 () 回
- ⑦本人に不利益が生じなかった。 計 () 回
- ⑧取消権を行使することによって、本人との関係が悪くなるおそれがあった。 計 () 回
- ⑨その他 () 計 () 回

Q9 貴方は現行の成年後見制度における行為能力の制限についてどう考えますか。

- ①制限の範囲をもっと拡張すべきである。
(拡張すべき内容)
- ②現行の制限のままでよい。
- ③制限の範囲を縮減すべきである。
(縮減すべき内容)
- ④制限は全て廃止すべきである。
その他ご意見等があればお書きください。
()

回答者 () 支部

差し支えなければお名前の記載をお願いいたします。()

ご回答ありがとうございました。

20) 前掲池原(注14)191-192頁。

21) 赤沼康弘弁護士も、日本成年後見法学会第9回学術大会のパネルディスカッションの中で『考えてみると、私自身も今まで取消権を使ったことがありません。成年後見制度が始まってからずっと、常時10数件後見事案にかかわっています。今も10数件の後見・保佐事案を持っていますが、過去に1度もないのです。』と語っている(成年後見法研究10号(2013年)49頁)。

Ⅲ. アンケート結果の紹介と分析

(1) アンケートの概要

本アンケートは、平成24年4月に、リーガルサポート制度改善検討委員会によって、リーガルサポートの名簿登載会員約4200名²³⁾を対象に実施された（同年5月末回答締切り）。回答者数は1263名。このうち、法定後見人（成年後見人、保佐人、補助人）への就任経験のある者が1135名、就任経験のない者が124名、不明が4名となっている（Q1回答結果）。今回の調査内容は取消権の行使実態であるため、専門職後見人としての活動経験を有する1135名が主な対象となる。

ただし、一般に専門職後見人は複数の案件を保有しているため、調査対象に含まれる法定後見事案の総数は7313件である（1人あたり平均6.4件）。そして、その内訳は、成年後見類型5777件（79.0%）、保佐類型1089件（14.9%）、補助類型447件（6.1%）となっている。平成12年4月の現行制度開始以降、わが国の法定後見の類型別申立比率は、おおよそ、成年後見類型85%、保佐類型10%、補助類型5%の目安で推移してきているので、わが国全体の分布にも近いものとなっている²⁴⁾（以上、Q2回答結果）。

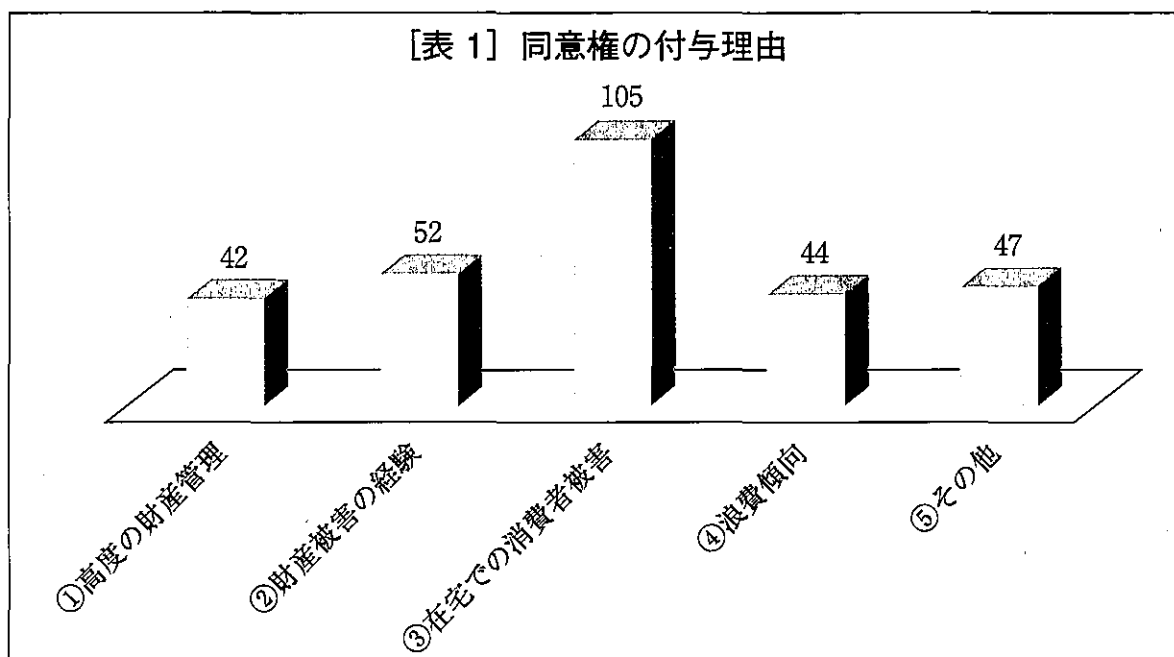
さらに補助類型の場合、補助人に同意権が付与されている事案のみが対象と

22) 八杖友一「経済被害を防ぐための成年後見制度の役割と限界」老年精神医学雑誌22巻7号（2011年）829-832頁も、高齢者の財産被害について、取消権を含む成年後見制度の限界を指摘しつつ、こうした被害予防に対しては、成年後見人を含めた地域の見守りネットワークによる支援体制の構築が重要であると指摘する。また、大村敦志「高齢化社会と消費者問題・成年後見—リフォーム商法を素材に悪質商法への対応策を考える—」岩村正彦編『高齢化社会と法』（有斐閣、2008年）74-75頁も、高齢者の消費者被害への対応策として、近隣の見守りというソフトな手法の有効性とその問題点について触れている。

23) リーガルサポートでは、専門職後見人としての適性を厳格に担保するために、一定の研修の修了が、家庭裁判所に提出される推薦名簿への搭載要件となっている。したがって、このアンケートの対象者は、家庭裁判所から実際に専門職後見人として選任される具体的な可能性がある者ということになる。

なるわけだが、447件のうち、同意権付与のある事案238件（53.2%）、付与のない事案173件（38.7%）、不明36件（8.1%）となっている（Q3回答結果）。今回の結果では、被補助人の過半数が制限行為能力者となっていたわけだが、従来、この点に関する統計資料はほとんど存在しなかったこともあり、補助類型の利用実態を探るうえで貴重な参考資料になるだろう。なお、同意権付与の理由（複数回答可）としては、①「本人の財産に株式や賃貸物件等の管理に高度な判断能力を要するものがある」42件（14.5%）、②「補助開始申立て以前から、本人が何らかの財産被害にあった」52件（17.9%）、③「本人が在宅生活のため、消費者被害が予想される」105件（36.2%）、④「本人が浪費傾向にあり、財産を失う恐れがある」44件（15.2%）、⑤「その他」47件（16.2%）となっている（Q4回答結果：[表1]）。

自由記載による「その他」回答の理由として最も目立ったものが、本人の親族からの財産被害予防である。具体的には、「問題のある親族からの財産的加



24) 平成21年までの統計については、上山泰「成年後見制度の運用状況—新制度10年間の通信簿—」前掲（注14）新井・赤沼・大貫64-66頁を参照されたい。なお、直近の平成24年の場合、成年後見類型82.0%、保佐類型12.4%、補助類型3.6%となっている。

害から本人を守るため」、「本人は親族から生活費援助の申入れを断られない性格で際限なく送金しようとするため」、「将来、遺産分割の際に争いになる可能性がある」、「本人の介護を補助してくれていた者（内妻的存在）との金銭関係を心配した」、「遺産分割協議に際し、威圧的な兄弟姉妹がいた」、「親族間紛争が予想されたため」、「相続財産である不動産を息子に処分されないため」、「以前に親族からの搾取があった」、「相続手続において、他の相続人の意向に流される恐れがあった」、「本人の財産管理をめぐって親族間に争いがあった」、「親族が贈与をせまる」等、多数の指摘があった。専門職後見人事案は、親族に後見人の適格者がいない場合が中心なので、この結果自体は驚くべきことではない。しかし、親族からの搾取をはじめとする親族間紛争は消費者保護法制では救済できないため、制限行為能力制度に代替する法的救済手段を検討する際には、この要素を見過ごすべきではないだろう。他方、選択肢の中では在宅生活での消費者被害を防止したいという③の理由が最多であり、全体の36%を占めているが、この領域については消費者保護法制の拡充等による対応を検討する意義が特に大きいといえるだろう。

このほか、①に類する「その他」の自由記載として「空き家になっている不動産を処分するか管理継続するか等の判断が必要」、「後日、本人所有物件に担保提供の予定があったため」、「入院費用（約500万程度）を支払うため売却が必要であった」等がある。不動産は概して資産価値が高いうえ、民法859条の3の立法趣旨にもみられるように、居住用不動産の場合には、本人の身上監護の観点からも特に処分に慎重な判断が必要となる。たとえば、「唯一の不動産、自宅マンションの保留の為」という回答が示唆するように、居住用不動産の搾取は本人の生存基盤を脅かしかねない。このため、本人所有不動産の処分が補助人の同意権の対象とされている例が多いのではないかと推測される。

もう1つ注目される「その他」の自由記載が、本人の希望を理由とした回答である。たとえば、「本人の意思による将来のための予防」、「浪費まではないが、本人自身が預金の使い過ぎを気にしていた [ため]」、「施設入所契約が前提だったので、自分で選択して、契約して欲しかったので」、「本人の希望によ

り（主に心理的なもの）」、「本人の要望」、「本人が他人におどされている事情から、本人の希望申出があった」、「被補助人自身が確認して、自分の意思でつけた（調査官報告より）」等があった。そもそも補助制度における同意権・取消権は、自己決定の尊重の観点から、本人が自己の意思（本人の請求あるいは同意）によって、その付与を選択した場合にのみ与えられる形式になっている（民法17条1項、2項）²⁵⁾。したがって、同意権が付与された事案の全てに、本人の少なくとも消極的な同意はあったはずであるが、これらの事案では、同意権付与に対して、本人が特に積極的であったということであろう。この場面では、本人が、ある種の自衛的な予防措置として、自ら積極的に行為能力の制限を望んだ場合（いわば「自己決定に基づく制限行為能力制度」）に関して、権利条約12条との整合性をどのように理解するべきかという原理的な課題が浮き彫りになるように思われる²⁶⁾。

(2) 取消権行使の実態

(a) 取消権行使の検討と現実の行使の頻度

さて、本題の取消権行使の実態であるが、本アンケートでは、「行使の検討

25) 小林昭彦・原司『平成一一年民法一部改正法等の解説』（法曹会、2002年）141-143頁参照。

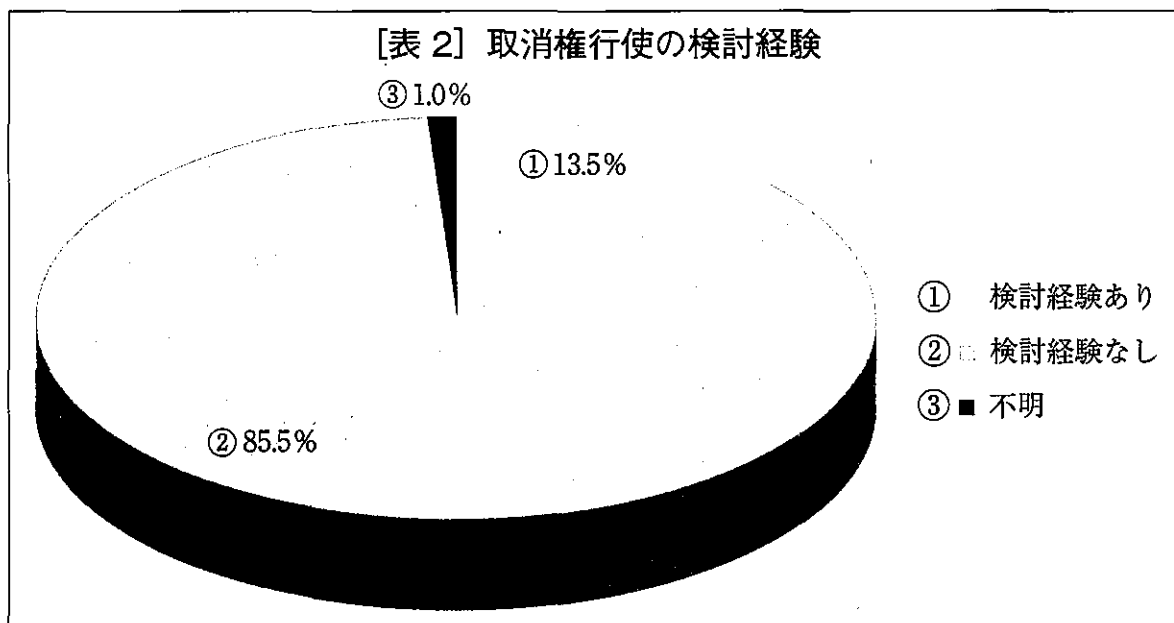
26) 代理権の設定に本人の意思的関与がある、保佐人・補助人の法定代理権についても同質の問題が生じる。権利条約12条との関係では、本人の自己決定に基づく他者決定（代理権）の可能性という視点から、通常の任意代理権、任意後見人の任意代理権、保佐人・補助人の法定代理権、成年後見人の法定代理権の各類型について、体系的に整理し直す必要があるように思われる。この際、本人に意思能力が存在することを前提とする保佐・補助の両類型では、本人の委任による通常の任意代理権を利用せずに、あえて保佐人・補助人に法定代理権を付与する理由についても検討が必要だろう。なお、自己決定支援の視点を推し進めた場合、法定後見（特に補助類型）と任意後見の差異は相対化されることにも注意が必要である。この点については、上山泰「任意後見契約の優越的地位の限界について」筑波ロー・ジャーナル11号（2011年）97-132頁、上山泰「法定後見・任意後見・自己決定支援（意思決定支援）—2009年欧州評議会閣僚委員会勧告の紹介を含めて—」実践成年後見45号（2013年）64-77頁を参照されたい。

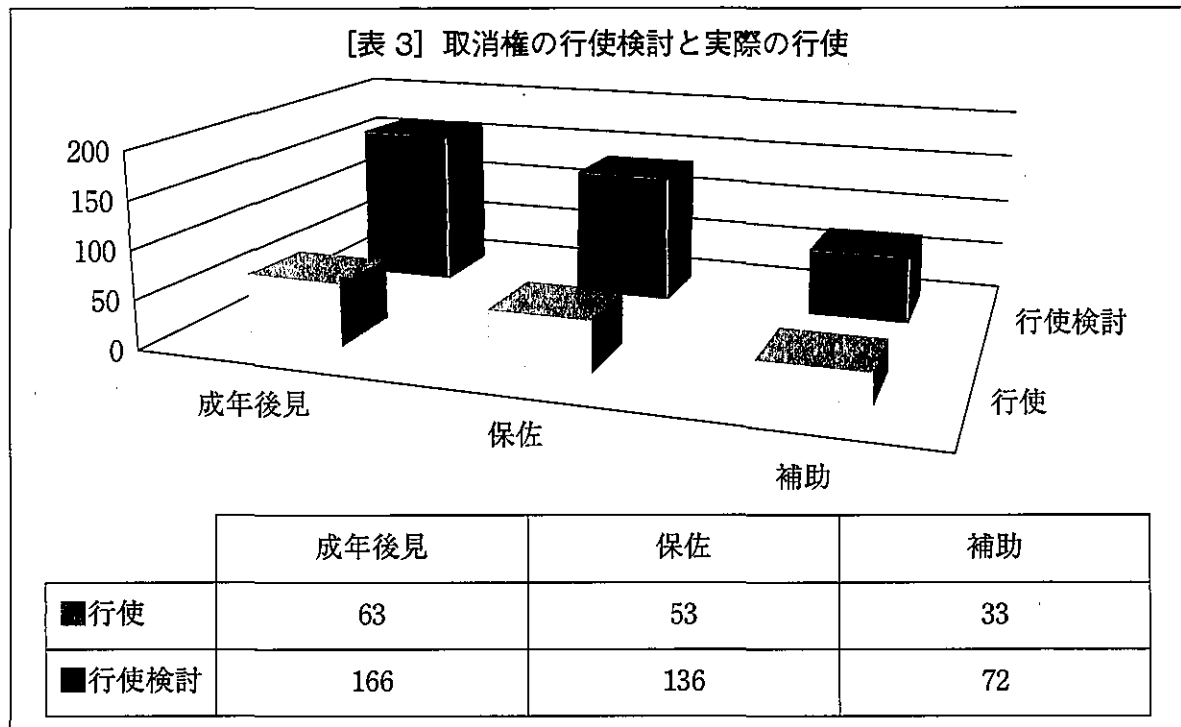
経験」と、「実際の行使経験」の2段階を区分し、それぞれ全体の集計に加えて、類型別の集計が行われている。

まず、前者について、法定後見人就任経験のある1135人の中で、①「取消権行使を検討したことがある」者が153人（13.5%）、②「取消権行使を検討するようなことはなかった」者が970人（85.5%）、③不明12人（1.0%）となっている（Q5回答結果：[表2]）。

次に、「取消権行使を検討したことがある」と回答した者を対象として、「そのうち実際に行使したのは延べ何回程度ありますか」と、実際の行使経験を尋ねており、この回答結果が類型別にまとめられている。これによると、成年後見類型の場合は、行使の検討が166回、実際の行使が63回、保佐類型の場合は、行使の検討が136回、実際の行使が53回、補助類型の場合は、行使の検討が72回、実際の行使が33回となっている（Q5回答結果：[表3]）。取消権行使の検討が実際の行使にまで至ったのは、成年後見と保佐で約4割、補助では半数近くということになる。逆にいえば、いずれの類型でも半数程度は、結局、取消権が行使されなかったわけであるが、この理由については、後述するQ8回答結果で明らかにされている。

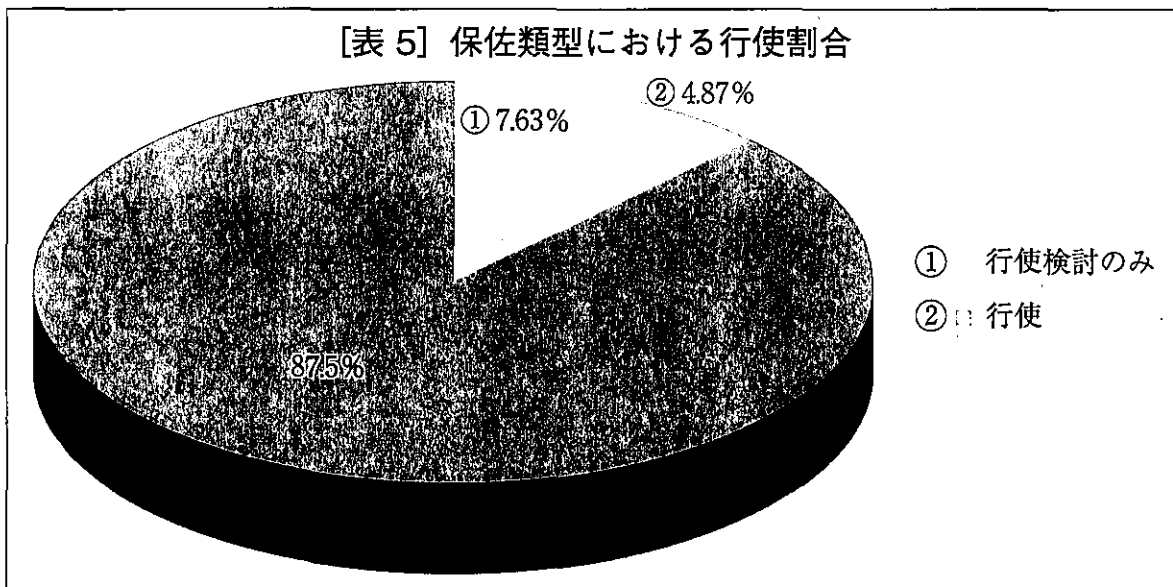
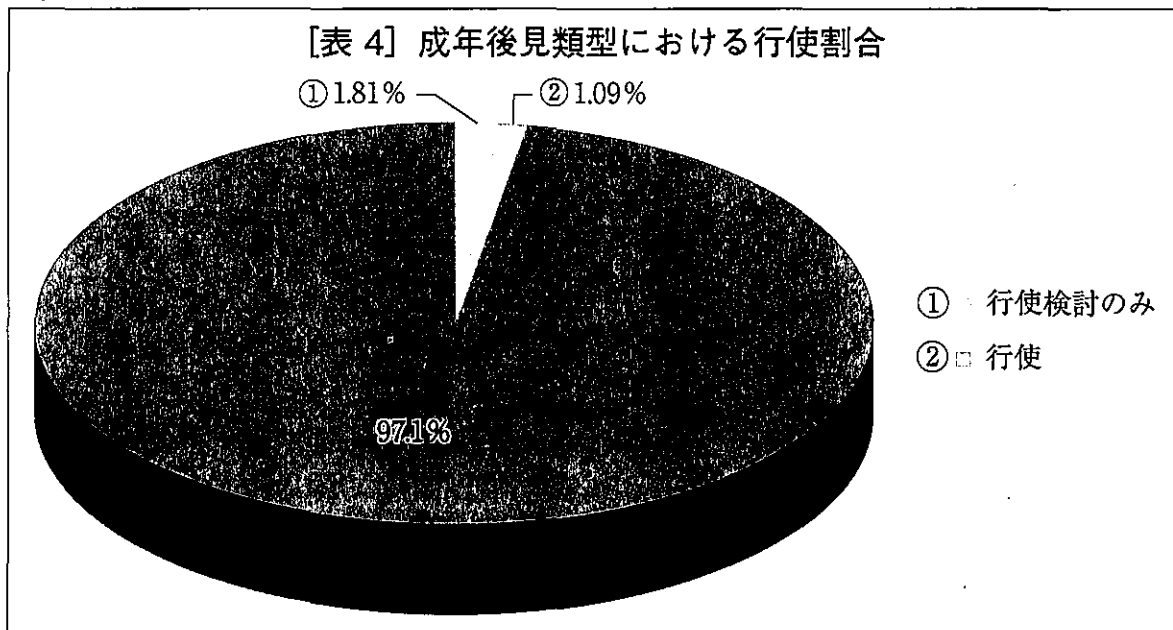
リーガルサポートが公表した結果では、法定後見事案全体での取消権行使の

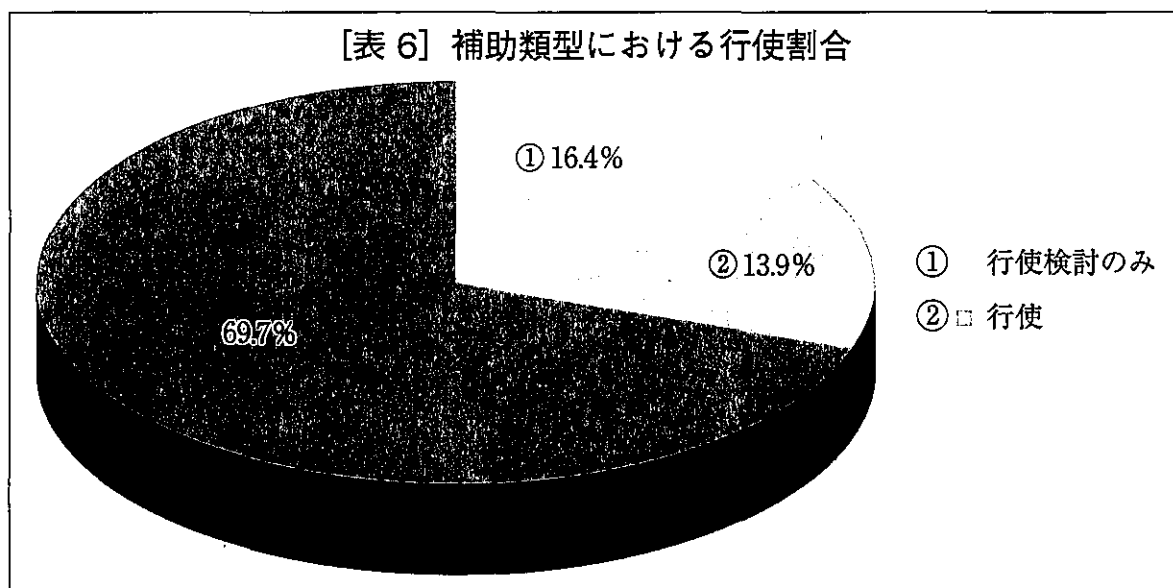




頻度を確認するため、各類型の総数を分母とした取消権の行使検討と行使の割合も示されているので、一応、この点も紹介しておこう。これによると、成年後見類型の場合は、行使の検討が2.9%、実際の行使が1.09%、保佐類型の場合は、行使の検討が12.5%、実際の行使が4.87%、補助類型の場合は、行使の検討が30.3%、実際の行使が13.9%となっている（Q5回答結果：[表4] [表5] [表6]）²⁷⁾。

27) ただし、次のQ6回答結果で明らかになるように、1つの事案で、複数回、行使の検討と実際に行使がされた例が含まれているので、法定後見事案全体における、行使検討事案と実際の行使事案の割合を精確に示しているわけではない。また、リーガルサポートの統計処理では、補助総数の分母を447件として、行使の検討が16.1%、実際の行使が7.38%と算出しているが、本稿では、同意権が付与されている238件のみを分母として再計算した。





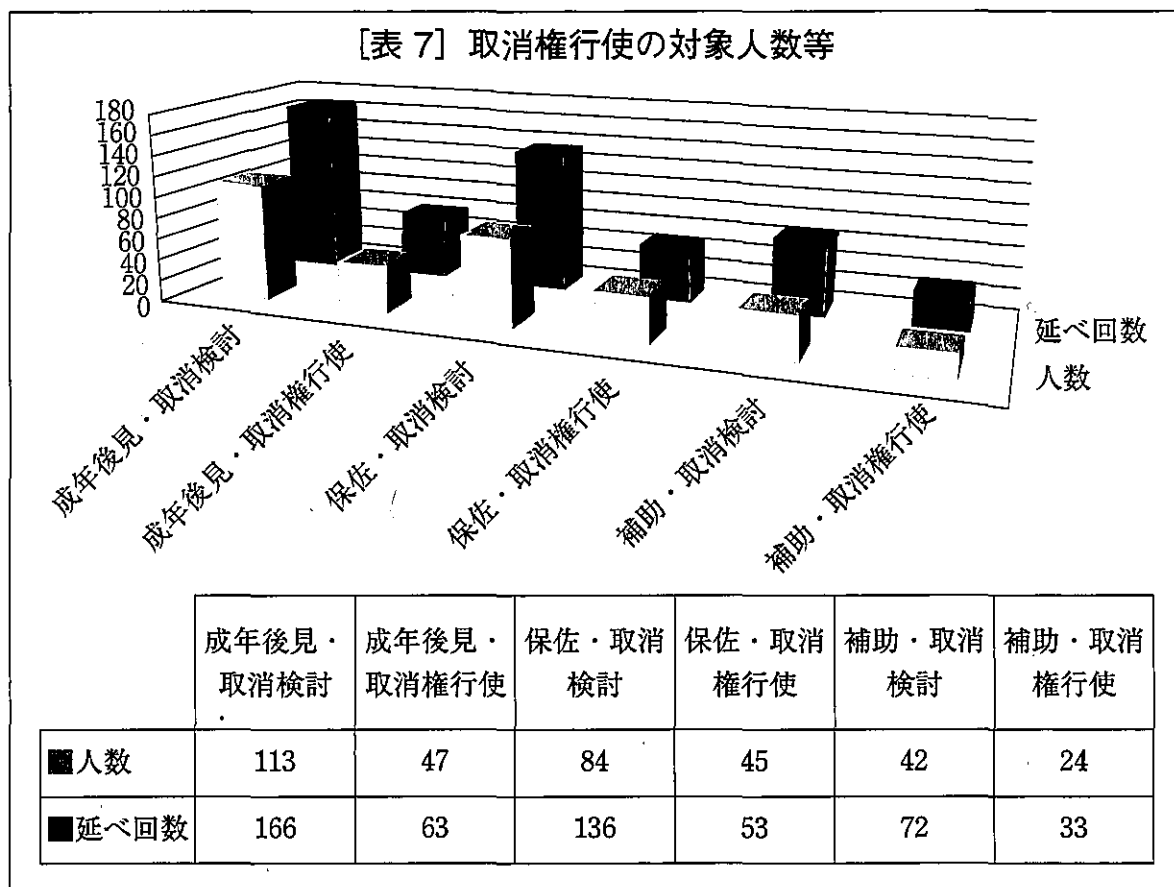
[表4] [表5] [表6] を並べると一目瞭然であるが、取消権の行使が検討され、実際に行使がされる頻度は、本人の現有能力の程度に比例している。つまり、現有能力が最も高い被補助人が取消権の恩恵を最も受けており、現有能力が最も低い成年被後見人の保護には取消権はあまり利用されていないということである。実は、こうした事実は、成年後見実務に関わっている者からすれば、経験則上、容易に想像できる結果なのだが、制度設計上は非常にやっかいな問題を提起することになる。わが国の成年後見制度は、判断能力の低下が大きいほど、取消権による保護の必要性も高いという想定の下に、取消権の対象範囲を設定している。これは、たしかに抽象論としては一理あるわけだが、しかし、先のアンケート結果にも示されているように、現実のニーズはこれほど単純ではない。たとえば、いわゆる植物状態にある遷延性意識障害の患者は明らかに成年後見類型の対象者となるが、この場合、本人自らが主体的に法律行為を行うことはそもそも想定できないので、法定代理権のニーズこそ非常に高いものの、取消権に対する具体的なニーズはほとんどゼロといってよい。これは極例としても、3類型の振り分けが条文の額面通りに行われている限り²⁸⁾、成年被後見人が単独で積極的に法律行為に関わるという場面は、事実上、ある程度限定されているといえる。したがって、個別具体的な事案における現実の取消権

ニーズを一切勘案せずに、日常生活に関する行為を除く財産的法律行為について、包括的な取消権を一律に付与している現行制度には問題があるというべきことになる。他方、現有能力の高い被補助人の場合は、自ら積極的に取引に関与する場面も多く、その分、不当な取引に巻き込まれるリスクも大きい。このため、たしかに取消権ニーズは高くなるわけだが、その反面、自己決定の尊重がより重視されるべき現有能力の高い被補助人に対して、取消権の範囲を闇雲に広げることは、当然ながら許されない。制限行為能力制度の廃止・縮減という政策目的の達成に当たって、最も悩ましいのが、この被補助人相当の者に対する支援であり、現に存在する取消権ニーズの受け皿となる法的あるいは社会的な支援環境をいかに構築していくかが、今後の重要な鍵となるだろう。また、取消権行使の現実のニーズと、本人の現有能力の程度が反比例しているという事実は、制限行為能力制度の理論的基礎付け、ないし、正当化にあたっても看過できない問題を提起していると思われる。

さて、次にアンケートのQ6では、「取消権を検討あるいは行使した事案の被後見人等（本人）は何人ですか」と尋ねている。この結果は、成年後見類型の場合、行使の検討が113人、実際の行使が47人、保佐類型の場合、行使の検討が84人、実際の行使が45人、補助類型の場合、行使の検討が42人、実際の行使が24人となっている（Q6回答結果：[表7]）。いずれの類型においても、対象人数よりも検討及び行使の延べ回数の方が多いため、取消権の行使が複数回問題となった成年被後見人等がいるということになる。これも、おそらくは実務の経験則に合致する結果だと思われるが、取消権に対する具体的なニーズは、事案（本人）ごとに異なることが示されているといえるだろう。

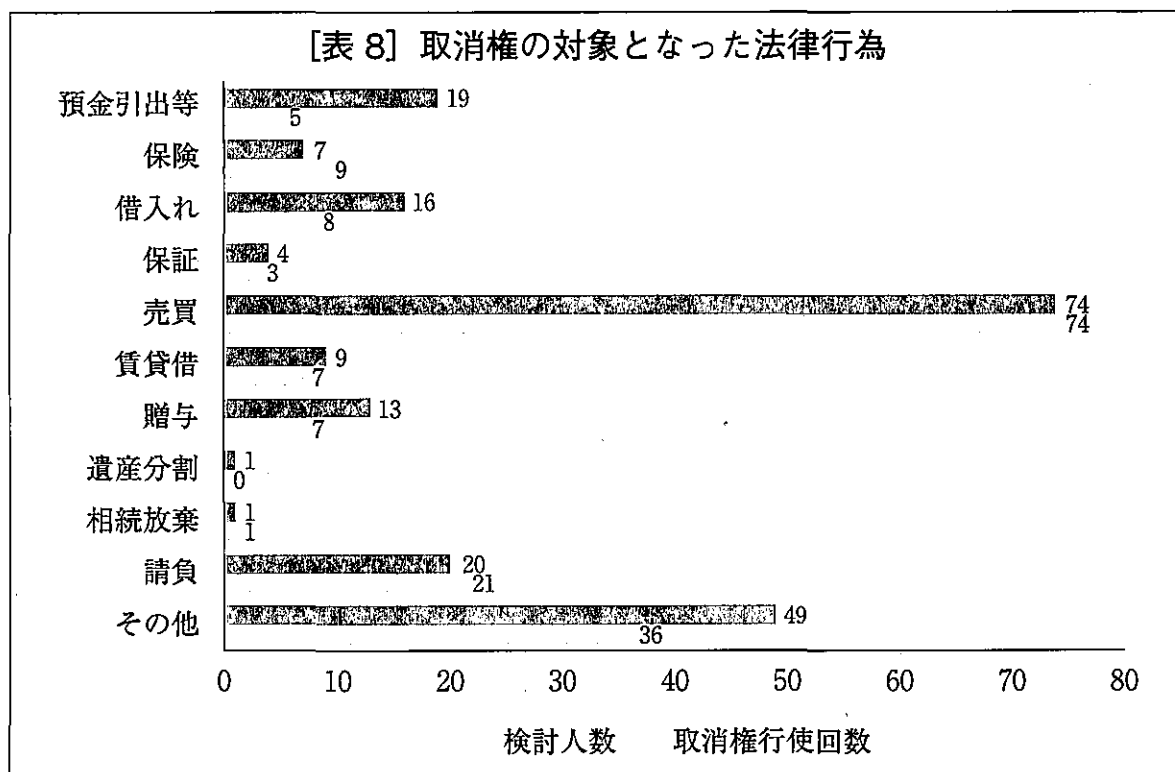
28) ただし、現実には、欠格事由回避等の理由から、現有能力だけで評価した場合は成年後見類型に相当する者について、保佐や補助が利用されている事案も存在する。今回のアンケートでも、補助人への同意権付与の理由として、「補助であるが、実質上、後見に近く、失職を防ぐ為に（欠格事由など）補助開始申立てを行ったという事情がある為」と回答した例が存在する。したがって、取消権が行使された成年後見事案については、本人の現有能力が本当に成年後見相当であったかについても精査する必要があるように思われる。

[表 7] 取消権行使の対象人数等



(b) 取消権行使の対象となった法律行為

アンケートのQ7では、取消権行使を検討した経験のある153人を対象として、実際に取消権が行使された法律行為の内容について尋ねている。結果は、①預金引出等について検討経験がある者の「人数」が19人（以下、検討）、実際に行使された「回数」が5回（以下、行使）。以下同様に、②保険が検討7人、行使9回、③借入れが検討16人、行使8回、④保証が検討4人、行使3回、⑤売買が検討74人、行使74回、⑥賃貸借が検討9人、行使7回、⑦贈与が検討13人、行使7回、⑧遺産分割が検討1人、行使0回、⑨相続放棄が検討1人、行使1回、⑩請負が検討20人、行使21回、⑪その他が検討49人、行使36回となっている（Q7回答結果：[表8]）。これをみる限り、取消しを検討しても、必ずしも取消権行使による解決には結びつかない法律行為と、検討の結果が高確率で実際の取消権行使につながりやすい法律行為があるようにも見受けられ



る。売買や請負では、検討の頻度が高く、取消権の行使も非常に多い。これらは悪質商法の対象領域とも重なるので、契約内容の不当性が高い事案が多かったのではないかと推測される。賃貸借、保険、保証についても、検討頻度はそこまで高くないが、取消権行使の確率は高い。これは本人に生じる不利益の程度が大きな契約類型であることが関係しているのかもしれない。検討頻度は高いが、取消権行使の回数は少ないのが、預金引出等、借入れ、贈与である。預金引出の場合、引き出された金銭が浪費されれば問題が生じるが、引出しそれ自体にとどまる限りは、本人の経済的不利益は少ないので（利息分の損失等が考えられるくらいか）、取消しには至らなかった可能性が考えられる。借入れ、贈与については、本人の経済的不利益が大きくなる可能性が高いので、取消権不行使には別段の事情があったと思われるが、この点については、後述のQ8との関係での分析が必要だろう。

①その他として検討対象となった行為の中で、特に目立つものは、新聞購読契約10人、電話サービス関連契約（携帯電話利用契約、電話回線工事契約等）

5人、テレビ受信契約（NHK受信契約、CSテレビ受信契約）4人等がある。いずれも、本人が複数の同質の契約を結んでいる場合があることも特徴的である（たとえば、新聞購読契約の場合、一度に4紙の契約を結んでいたという事案が回答されている）。また、投資関連（商品取引、投資信託）も4人が挙げている。これらは全て、判断能力不十分者が公正さを欠く取引に巻き込まれやすい類型として留意が必要であろう²⁹⁾。なお、新聞購読契約等については、民法9条但書きの「日常生活に関する行為」への該当性も問題になりえる。本人の自己決定の尊重という観点からは、本条の適用範囲を広く捉えることが望ましいともいえるが、ここでの回答が示すように、特に被補助人や被保佐人等の活動的な本人が実際に巻き込まれやすい取引には、「日常生活に関する行為」のボーダーライン上にあるものも少なくない。このため、保護の実効性の視点から、その適用範囲を狭く捉えるべきとする見解が、学説上はむしろ有力である³⁰⁾。さらに、ここでは、個別的には正当な同質の取引行為を一定期間内に反復したときの対応が問題となる³¹⁾。

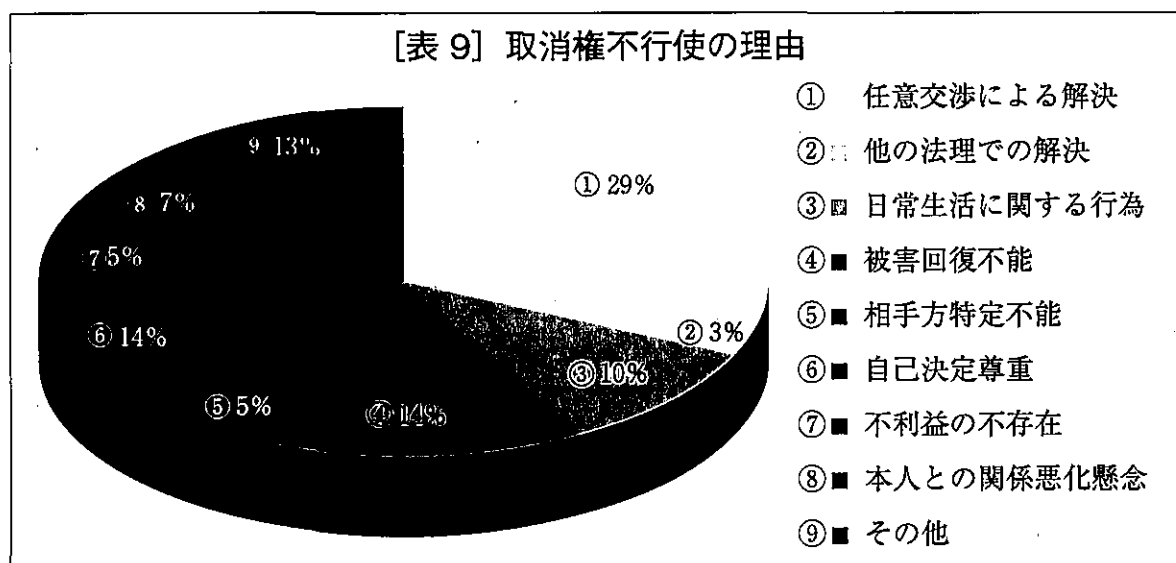
特に、異なる相手方との間で同質の取引が繰り返されたような場合は、個々の取引行為を直ちに不公正と評価することは難しいが、たとえば訪問販売事案における過量販売に対する撤回・解除権（特商法9条の2）の仕組みを参照して、「日常生活に関する行為」への該当性の解釈に当たって、「取引の反復性に対する相手方の認識または認識可能性」という要素を持ち込むことが考えられる。つまり、本人が既に同質の取引を行っていることによって、今回の取引が、当該具体の本人にとっては、もはや「日常生活に関する行為」を超えるものと

29) 国民生活センターが平成20年9月4日付で発表した「判断力が不十分な消費者に係る契約トラブルー認知症高齢者に係る相談を中心にー」(http://www.kokusen.go.jp/pdf/n-20080904_1.pdf)によると、2003年から2008年度にかけて判断能力不十分者からの相談が多かった商品・役務の上位10項目は、①ふとん類（5121件）、②健康食品（3543件）、③サラ金・フリーローン（3118件）、④浄水器（2394件）、⑤新聞（2330件）、⑥リフォーム工事（2251件）、⑦商品一般（2089件）、⑧電話情報サービス（1894件）、⑨アクセサリ（1868件）、⑩和服（1211件）となっている。

なっているという事情について、相手方に認識可能性があった場合には、民法9条但書きの適用を排除することが検討されても良いだろう。

(c) 取消権不行使の理由

アンケートのQ8は、取消権行使を検討した経験のある153人を対象として、「取消権行使を検討したが結局行使しなかった」理由について尋ねている（複数回答可のため221の不行使理由が回答されている）。結果は、①「事前説明や警告等により相手が任意に応じ問題が解決した」64回（29%）、②「消費者契約法や意思表示瑕疵など他の法理で対応した」7回（3%）、③「日常生活に関する行為に該当すると考えた」22回（10%）、④「取消権を行使しても被害が回復されないと判断した」30回（14%）、⑤「取消権を行使する相手が特定できなかった」10回（5%）、⑥「本人の自己決定権の行使を尊重した」32回（14%）、⑦「本人に不利益が生じなかった」12回（5%）、⑧「取消権を行使することによって、本人との関係が悪くなるおそれがあった」15回（7%）、⑨「その他」29回（13%）である（Q8回答結果：[表9]）。⑨「その他」の中には、②と⑦に分類可能なものがそれぞれ3件、①④⑥⑧に分類可能なものがそれぞれ1件あったほか、本人死亡事案2件、現在進行中の事案3件等が含まれている。



取消権の実効性という視点からみると、不行使理由のうち、③④⑤がまさに現行取消権の機能不全領域（本人保護のために、取り消したくても取り消せなかった事案）といえるが、これらの総計は約3割になる。

また、取消権の廃止・縮減の視点からは、取消権に代わる受け皿となる救済方法に関わる①②が重要になるが、こちらの総計も3割強である。なお、Q8の回答はチェック方式のため、②の代替手段が具体的に何であったかは不明であるが、⑨「その他」として自由記載で回答されたもののうち、②に分類可能な3件をみると、「消滅時効の援用」、「クーリング・オフ」、「契約無効主張」となっている。

⑦は取消権の行使による本人保護が不要な事案であり、⑥と⑧の評価は分かれるとは思うが、取消しによる本人保護の必要性が比較的小さく、少なくとも中長期的な支援の観点からは本人の自己決定への強制介入を避けた方が好ましいと判断されたということであろう。これらの総計もほぼ3割弱となる。

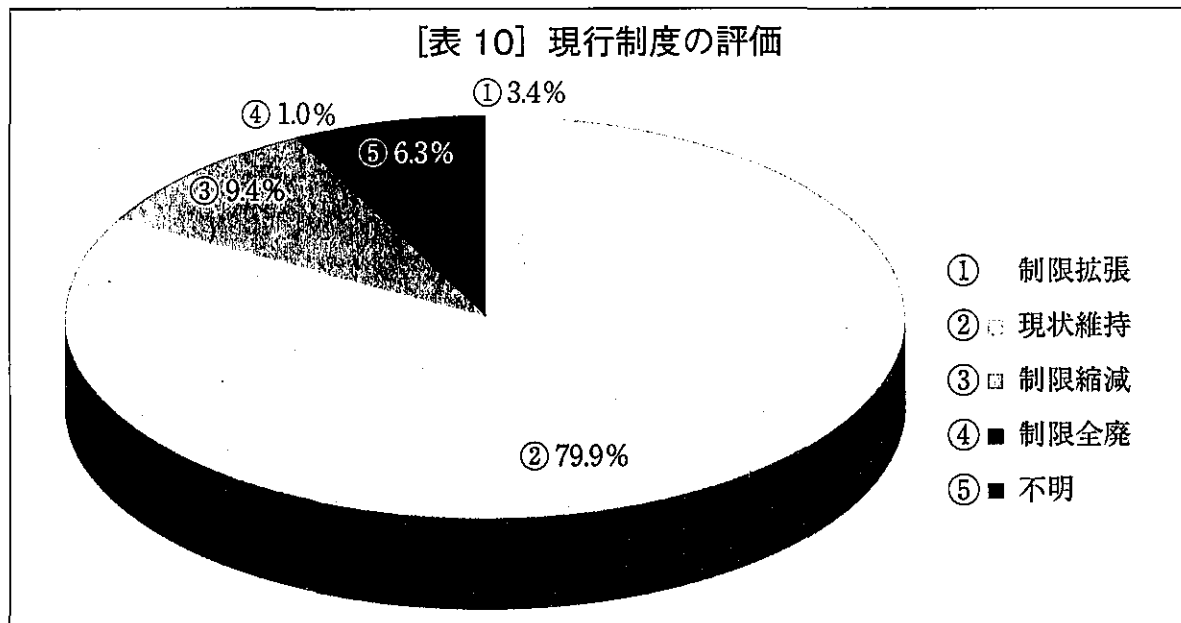
30) 立法担当官は、民法761条の「日常の家事に関する法律行為」の範囲に関する判例（最昭44・12・18民集23・12・2476）の解釈と同様、「本人が生活を営むうえにおいて通常必要な法律行為」とする（小林昭彦・大門匡編『新成年後見制度の解説』（金融財政事情研究会、2000年）100頁）。これに対し、学説では、761条と9条但書きとの制度趣旨の違いを指摘して、制限行為能力者の保護のために、9条但書きの適用範囲は、761条よりも限定的に解するべきとするものが多い。たとえば、磯村保「成年後見の多元化」民商法雑誌122巻4・5号（2000年）480頁は、「日用品の購入に準ずるような、日々の生活を行うのに不可欠と考えられる行為に限られる」とし、須永醇「日常生活に関する行為」の法理についての覚書」須永醇『須永醇 民法論集』（酒井書店、2010年）43頁は、「本人の生活に危険を生じさせない程度の日常生活上の軽微なもの」とする。河上正二『民法総則講義』（日本評論社、2007年）83頁、佐久間毅『民法の基礎1 総則 [第3版]』（有斐閣、2008年）93頁も同様である。

31) 前掲須永（注30）43-44頁、前掲河上（注30）83頁参照。また、債権法改正に関する法制審議会での意思能力取消に関する例外規定をめぐる議論も参考となる（商事法務編『民法（債権関係）部会資料集 第1集<第2巻>』（商事法務、2011年））。たとえば、同書227頁の鹿野発言（「外形上は日常生活に関すると思われるような行為が、不必要に繰り返し行わされて、それによってその弱い立場にある者が食い物にされるということがあってはならない」）参照。

後述のように、最終的には、「取消権の抑止力（威嚇効果）」といった要素も視野に入れて検討する必要があるが、「取消権以外の方法で本人が救済できた事案」と、「取消権があるにもかかわらず、本人が現実には救済できなかった事案」の双方を合わせて6割強もあったということは、取消権の実効性を考えるうえで重要な事実であるというべきだろう。

(d) 現行制度に対する評価

本アンケートは、最後のQ9において、現行制度の評価を尋ねている。この問題は、法定後見人への就任経験のない者も含めた総回答者1263人が対象となっているが、その結果は、①「制限の範囲をもっと拡張すべきである」43人（3.4%）、②「現行の制限のままでよい」1009人（79.9%）、③「制限の範囲を縮減すべきである」119人（9.4%）、④「制限はすべて廃止すべきである」12人（1.0%）、⑤「不明」80人（6.3%）となっている。回答者の約8割が現状維持を望んでおり、やはり、わが国の法律家が制限行為能力制度の問題性をあまり感じていないことが明瞭に現れている。なお、③④の回答についても、制限の廃止・縮減の具体的対象を見ると、その大半が選挙権とその他の欠格事由という「成年後見制度の転用問題」³²⁾に関する指摘であり、設問の本来の対



象である民法上の財産的法律行為に関する制限能力の廃止・縮減を直接念頭に置いた回答は、実はそのうちの1割強にとどまっている。

IV. おわりに

成年被後見人の選挙権制限に対する違憲訴訟（東京地判平25・3・14判例時報2178・3）が提起されるまで、大多数の憲法学者がその問題性に無自覚であったのとまったく同様に、わが国の民法学者や実務法曹の大半は、現行の制限行為能力制度の問題性にさほどの関心を寄せてはいない。しかし、冒頭に触れたとおり、わが国が権利条約を批准すれば、国際モニタリングという黒船の襲来によって、現在の制限行為能力制度の大幅な見直しを余儀なくされる可能性は高い。そろそろ我々は、近い将来の法改正を見据えて、具体的な準備を始めるべきではないだろうか。まずは、これまで無批判に前提とされていた取消権の実効性に関する実証的な検証作業が必要である。本稿で紹介した成年後見センター・リーガルサポートによる大規模なアンケート調査は、まさにそのための格好の素材だといえる。むろん、本稿での筆者による分析はきわめて不十分なものにすぎず、種々の反論もあると思われる。しかし、いうまでもなく、このことは本アンケートの資料的価値それ自体をいささかも損なうものではない。1人でも多くのわが国の法律家が、本稿で紹介したデータをそれぞれの視点から精査して、取消権の実効性について再考する機会を持つことを、筆者としては心から期待したい。

さて、本アンケートは貴重な資料ではあるが、もちろん、これによって、わが国の取消権に関する運用実態のすべてが明らかにされたわけでない。ここで、あえて本アンケートの限界について触れるならば、その1つは回答者の属性にある。本アンケートの回答者は司法書士のみであり、他職種の専門職後見人や

32) 「成年後見制度の転用問題」については、上山泰「身上監護に関する決定権限—成年後見制度の転用問題を中心に—」成年後見法研究7号（2010年）41-52頁、上山泰「公職選挙法改正と成年後見制度の転用問題」週刊社会保障67巻2731号（2013年）44-49頁等を参照されたい。

親族後見人は含まれていない。たとえば、法的紛争性が特に強い事案については弁護士を専門職後見人に選任することが多いが、こうしたハードケースについては、もっと取消権ニーズが強いのではないかといった反論は、当然に予想される場所である。また、逆に、親族後見人事案に取消権ニーズがどれほど存在するのかというのも、興味深い疑問である。現状では、事案の特性に応じて、法人後見人、各職種の専門職後見人（弁護士、司法書士、社会福祉士等）、親族後見人、市民後見人等が棲み分けているので、法定後見制度全体の取消権ニーズを検証するためには、他の属性の後見人類型との比較対照は欠かせない作業である。今後、今回と同様の調査が、他の専門職団体等でも実施されることを期待したい。いずれにしても、本アンケートの結果を過渡に一般化してとらえることには慎重であるべきだろう。

また、立法政策について議論する際には、「取消権の抑止力（威嚇効果）」の問題も視野に入れておく必要がある。本アンケートのQ8において、取消権不行使事案のうち約3割程度が、「事前説明や警告等により相手が任意に応じ問題が解決した」ため、取消権を行使せずにすんだということであるが、ここで、相手方との交渉において取消権の存在が有利な材料として働いていた可能性を見落とすべきではなかろう。こうした、いわば「切り札としての取消権」を失ってもなお、相手方との任意交渉による救済を同程度まで確保できるかは議論の余地があるからである。

最後に、取消権の廃止・縮減自体には立法的解決が必要となるが、こうした将来の法改正の成果を無理なくわが国の実務に定着させていくためには、実務の運用改善を含めた社会的な環境整備への事前の取り組みが必須である。たとえば具体策の1つとしては、民法858条が規定する本人意思尊重義務に基づく取消権の謙抑的運用³³⁾を、実務的に定着させていくことが考えられる。現行

33) 上山泰『成年後見と身上配慮』（筒井書房、2000年）106-111頁、前掲上山（注8）210-218頁。菅富美枝「民法858条における「本人意思尊重義務」の解釈—本人中心主義に立った成年後見制度の実現—」法政論集250号（2013年）129-153頁。

法上、同意権・取消権の設定の次元では採用されていない「必要性の原則」を、民法858条の解釈を通じて、取消権の行使という運用の次元で具体化しようということである。本アンケートでも、取消権の不行使理由を尋ねたQ8に対する回答をみると、⑥「本人の自己決定権の行使を尊重した」(14%)、⑦「本人に不利益が生じなかった」(5%)の2つを併せた約2割が、こうした発想と親和的な姿勢であると評価できるだろう。成年後見人等の意識が、今後さらにこうした方向に進んでいけば、法改正を待たずに、実際の過干渉リスクを大幅に削減できることになるだろう。さらにいえば、わが国の制限行為能力制度が取消権付与という浮動的有効型の仕組みを採用しているため、成年後見人等が実際に取消権を行使しない限り、結果的には、本人による法律行為が社会的に承認されることになるという事実注目するならば、特別な法改正を待たずとも、取消権の謙抑的運用を通じて、「必要最小限の介入原則」の要請を実質的には充たせる可能性もあるといえる³⁴⁾。最後に、取消権の廃止・縮減が単なる要支援者の放置へとつながらないように、消費者保護法制の拡充や、社会福祉的な支援体制の整備といった、判断能力不十分者のための重層的な支援環境の構築を通じて、適正な保護の受け皿づくりに配慮すべきことも重要である。

[付記]

*本稿は、科学研究費補助金(平成23-25年度基盤研究(C)課題番号23530087「障害者権利条約と統合的な制限行為能力制度の再構築」(研究代表者上山泰))に基づく研究成果の一部である。

(かみやま・やすし 筑波大学法科大学院教授)

34) 前掲上山(注8)210-11頁、前掲上山(注2)105頁。