

被保佐人の保護と取引の安全 —「新しい酒」としての解釈論の試み

額 田 洋 一

I はじめに

被保佐人が、その労働の対価である給与が振り込まれた普通預金口座から、保佐人の同意なく、ATMで払戻しを受け、遊興費に充てたのち、払戻しを取り消した。その場合、遊興費に費消した範囲で預金残高は復活し、被保佐人は再び払戻しを受けることができる。この結論は、法律家にとって一見、自明のことのように見えるが、なんとも“座りの悪さ”を感じるのは筆者だけであろうか。

筆者¹⁾が、このような感想を持つきっかけとなったのは、東京高裁平成22年12月8日判決（金融・商事判例1383号42頁。以下、本判決という）²⁾

1) 実は、筆者は、この事件の被告代理人である。代理人として関与した者が、判決自体に対する論評ではないとしても、これを題材にすることは、論文執筆のルールに反するかもしれない。しかし、筆者はこの判決で論点の一つとなった免責約款について、過去にその実効性に疑問を呈していた（拙著『成年後見制度の改正と銀行実務の留意点』（全国地方銀行協会、2000年）126頁）。それは金融機関に向けた保守的な見地からの警告であったが、訴訟代理人として最後には同約款に頼らざるを得ない仕儀となった。長年、成年後見に関わってきた身としては、この問題について何らかの見解を明らかにしておくべきと考えた次第である。大方のご海容をお願いしたい。

2) この判決の評釈としては、香月裕爾：銀行法務21 740号4頁、本山敦：月報司法書士485号64頁、滝沢昌彦：金融法務事情1953号7頁、熊谷士郎：金融・商事判例1486号64頁（熊谷I）等がある。また、同判決を踏まえて保佐における財産管理を論じるも

の事案に遭遇したことである。同事件は、被保佐人の保護と取引の安全が衝突したケースである。そもそも、現行成年後見制度への改正議論において、補助の導入や利用促進（利用者拡大）に関して、経済界から取引の安全に対する懸念が強く示されていた。「被保佐人が株を買った後に値上がりすれば追認し、値下がりすれば取り消す事態を生じたらどうするか」という心配は極端な話として、そのような悪意に出たものではないにしろ「預金の払戻し」の取消しは、金融機関にとって深刻な事態である。ただ、懸念はされていたものの³⁾、おそらくこれまで裁判例に現れたことはなかった⁴⁾。それが現実問題として出来し、まさに両者の衝突が正面から問われることとなったのである。

翻って、現行の成年後見制度は、その理念として、自己決定権の尊重・残存能力の活用・ノーマライゼーション（以下、新理念という）を掲げ、家産の維持に主眼があるとの批判があった禁治産・準禁治産制度から、今流にいえば、パラダイムの大転換を図った。しかしながら、民法総則部分は改正が小幅であったためか、その解釈は旧法時代から大きな変化はないようである。もちろん、改正があれば直ちに解釈の変更が必要となるわけではないが、基本理念が大転換したのであれば、条文の文理に大変化がな

のに清水恵介「保佐制度と預金管理」実践成年後見43号72頁（清水Ⅰ）、同「保佐人の同意権と財産管理権」成年後見法研究10号124頁（清水Ⅱ）、熊谷士郎「保佐人の権限と被保佐人の行為能力(1)」青山法学論集57巻4号93頁（熊谷Ⅱ）があり、小稿もこれらや注6の渡辺論文から多くの示唆を受けている。

3) 例えば、玉上信明「新成年後見制度と銀行取引」金融法務事情1570号6頁。これに対し筆者は、そのような事態はまず起こるまいと安穩と構えていた。不明を恥じるしかない。

4) 本件の後、同様に免責約款の有効性が争われた事案〔結論、有効〕として広島地尾道支判令和元年11月7日（判例集未登載。成年後見法研究20号129頁参照）がある。また、リーガルサポートが2012年に実施した調査では、「預金引出等」に対し取消権を行使したケースが5件という回答結果が報告されている（成年後見法研究第10号48頁）。

くとも、従前の解釈論の再点検が必要なのではないか⁵⁾⁶⁾。

それが、小稿を思いついた理由である。そこで、小稿では、基本理念が解釈指針に変更を迫るものか確認したうえで、本判決で問題となった被保佐人の保護と取引の安全の調整たる各論点⁷⁾について、新たな解釈論—新しい革袋に対する新しい酒としての解釈論—を試みたい。なお、以下、保佐を中心に述べるが、銀行取引について同意権付与のある補助、後見でも治療の結果寛解している精神障害者等についても同様に考えてよいと思う。

II 本判決

本論に入る前に、本判決の事案⁸⁾、争点、裁判所の判断等について、確認しておく。

【事案】 原告 X は、昭和50年に高校を卒業して N に入社し、平成19年4月に一旦退職して退職金が支給されたが、引き続き同社に再雇用されていた。

X は平成12年までには「心因性反応症、解離性健忘症」と診断されて

5) 新理念から、制度（ハード）面では、3類型の導入、補助は全面的に、保佐も代理権付与は本人の意思に基づくこと、日常生活に関する行為については被後見人等にも行為能力が認められたことなどの変更があるが、支援のあり方や個々の規定の解釈といたいわばソフト面での変更の要否がここでの検討課題である。

6) 小稿と同様に、成年後見制度の新理念から判例準則の再検討を試みるものに、渡辺達徳「制限行為能力者による法律行為の取消しと返還されるべき利益」水野紀子編『社会法制・家族法制における国家の介入』（有斐閣、2013年）53頁がある。

7) 本文で述べる論点のほか、掲載誌である金融・商事判例のコメントでは預金者保護法の適用の可能性を指摘するが、本件は預金者自身が真正カードを持ち出した事案であり、同法の適用には疑問がある。

8) 事案については判決文、掲載誌のコメントに現れた事実、そこから容易に推認される事実に限定する。代理人であったがゆえに知り得た事実は含んでいない。

いたが、同居する長男 K の申立てにより、「精神疾患⁹⁾」を理由に保佐開始決定がなされ（平成19年6月21日確定）、K が保佐人に選任された。K は、X から本件普通預金口座（退職金が振り込まれており、再雇用後の給与の一部が振り込まれる）の通帳とキャッシュカードを預かって自室の机の引出しに保管していたが、X は K に無断でこれを持ち出し、平成19年6月から平成20年5月までの間に多数回にわたり ATM から合計400万円余りを払い戻した。そして、その払い戻した金員で、①野球の観戦チケットを繰り返し大量購入して上司・同僚等に配り、②ほぼ毎日友人達と飲食してその代金を全て負担し、③携帯電話の販売において顧客が支払うべき代金の一部を“自己負担”するなどして費消したとして、「弁護士を通じて」払戻しを取り消し、Y に払戻額相当の預金の支払いを求めた。

なお、Y には、「補助・保佐・後見が開始したときは直ちに Y に書面で届け出る。届出前に生じた損害については、Y は責任を負わない」旨の預金約款の規定（以下、免責約款といい、当該届出を後見届けという）があった。

【争点】 小稿に関連する部分に限ると、①免責約款の効力、②詐術にあたるか、③現存利益の範囲。

【一審判決】 ①については、免責約款は制限能力者の取消権の行使を事実上不可能とさせるものであること、事理弁識能力が著しく不十分と認められる者に対し届出義務を課すこと自体背理であることなどから「少なくとも制限能力者との関係では、その法的効果を認めることはできない」。②は、ATM を操作して払戻しを受けたもので、「被告を殊更誤信させ、又は被告の誤信を強めた…言動も認められない」から詐術にあたらない。③

9) 払戻金の用途を見る限り、いわゆる「買い物依存症」が疑われる事案であるが、「精神疾患」が「心因性反応症、解離性健忘症」を意味するなら「買い物依存症」との関連は明確でない。

は、上記各支出には対価的利益が認められないから現存利益はない、とした。

【本判決】 ①につき次の理由で有効として取消しを否定したので、②、③は判断されていない。

銀行取引の反復性、大量性、ATM利用の場合を考慮すれば、保佐人の同意がない場合に被保佐人が預金の払戻しを受けられないようにするには、一般には、金融機関に届出をしてATMによる払戻しを止める措置をとらないと被保佐人の保護が全うされないので、上記預金約款の定めには合理性があり、「いわば条理を定めたものであって、預金者の知、不知を問わず、拘束力を有する」。

Ⅲ 解釈論における新たな視点—総論として

1 理念の転換—取消権による保護から総合的な支援へ

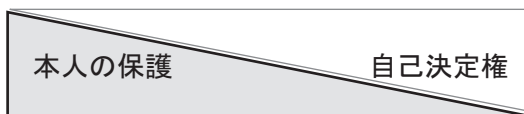
旧法の禁治産・準禁治産制度は、本人の保護の理念に重点を置いた制度であるが、保護の手段を専ら取消権に頼っており、「家産の維持」に主眼があるという批判も根強くあった。

これに対し現行法は、新理念と本人保護の理念の調和を旨とするものとされる¹⁰⁾。さらに、第二期成年後見制度利用促進基本計画（令和4年3月25日閣議決定）においては、本人の意思決定への支援の重要性が謳われている。

本人保護と自己決定権・ノーマライゼーションは逆の相関関係にある。調和点の位置によってその結果は異なるが、まったく解釈に影響を与えない

10) 小林昭彦=大門匡=岩井伸晃編著『新成年後見制度の解説【改訂版】』（金融財政事情研究会、2017年）5頁。

いなら、新理念は単なるお題目にすぎないことになる。



では、現行法の制度設計のもと、新理念に則した支援はどうあるべきか。私は、保佐においては同意権を背景とした支援を中心に据えるべきだと考える。

すなわち、新理念からは、地域における日常生活、就労や就学あるいは趣味や嗜好において、本人の利益を図りつつ、できうる限り本人の望む内容を実現できるようにする支援が望まれる。これらは挙げて契約関係によって支えられている。福祉、医療の面においても同様である。これらの契約関係は、個々の契約関係の相当性はもとよりいかなる契約関係を選択・構成するかがポイントになるが、契約関係への事前の関与の法的根拠は同意権ということになる。

そして、真に本人の利益を図りつつ本人の意思を実現するための同意といえるには、単なる許可・不許可ではなく、本人の本来の意思の探求が求められるのであるが、それには、本人の意思決定を支援して、本人の意向を引き出し、把握する必要がある。本人の意向が本人にとって不利益であれば、説明・話し合い・説得を通して本人自らが適切な選択ができるよう働きかけていく¹¹⁾。

このような同意権中心の支援を機能させるには、裁判所・保佐人から被保佐人に、保佐人の同意を得ること、要同意事項の内容等について事前の説明が必要となる。被保佐人が保佐人同意を求めないと、同意権による支援は困難になるからである。

11) 平田厚「成年後見人等の責任」赤沼康弘編『成年後見制度をめぐる諸問題』（新日本法規、2012年）260頁。

少しく具体的に見てみよう。「預金取引」における支援である。地域生活を保障しつつ被保佐人の保護を図るためには、被保佐人に一定限度—本人の資産・収入、年齢、就業の有無・内容、嗜好等を総合的に判断した金額—における自由な引き出しを認め¹²⁾、それ以上については必ず保佐人の同意を得ることを取り決めておく。それには、被保佐人、保佐人、金融機関の3者における合意ないし意思の疎通を図ることが肝要となる。

浪費傾向にある被保佐人に対しては、保佐人から浪費を控え、本当に必要なもの、趣味や生きがいに関わるものに限って収入の範囲にとどめるよう説明・説得が求められ、「買い物依存症」であれば、より根本的には、治療・カウンセリングに誘導することが求められる。このような総合的な支援が期待されるのである。

もとより、これは理想型ではある。しかし、単純な取消しという事後的救済のみに頼ることは、旧法下の発想そのままであり新理念にそぐわない。現実にも「買い物依存症」には取消権の“一本足打法”では根本問題である浪費傾向の解決にはならない。

こうした新理念に則した支援という考えのもとでは、取消権のあり方も再考を迫られることになるだろう。

2 取消権は絶対的か

現行制度への改正時の議論を振り返ると、日弁連の『成年後見法大綱』をはじめとして、〈取消権による保護〉＝行為能力制限に否定的な見解も有力に主張されていた。私見も同様である¹³⁾。

12) 拙著『成年後見実務マスター』（新日本法規、2023年）323頁、石井真司=伊藤進監修『新成年後見制度と銀行取引 Q&A』（BSI エデュケーション、2000年）167頁 [木内是壽]、田山輝明『続・成年後見法制の研究』（成文堂、2002年）279頁。もっとも、後述のように「払戻し」は要同意事項に含まれないと解する場合は、預金取引特有の問題はなく、一般的な浪費や盗難・詐取等の防止の支援ということになるだろう。

にもかかわらず、現行法は、取消権を残した。その理由として強調されたのが、悪徳商法等への対抗策であった¹⁴⁾。

しかし、対価的に正当な取引、過剰・過大でない取引に対し取消権を行使することは取引の安全を脅かす。本来期待された取消権の機能を超える。取消権の行使は立法理由としてあげられた悪徳商法、あるいは対価的に不釣り合いな取引、過剰・過大な取引に限定することで、被保佐人の保護は十分に達せられるのではないか。

ここで検討されるべきは、このような範囲を超える包括的な取消権が被後見人等の保護のために必要か、逆に成年後見制度を利用していない高齢者等にとって民法の一般的な無効・取消しや現行の消費者保護法制で十分かという点である¹⁵⁾。基本的には立法論ではあるが、かかる視点は一定の範囲で解釈論にも影響を与えよう¹⁶⁾。

他方で、「試行錯誤権」として取消権を積極的に再評価・再構成する説もある¹⁷⁾。「失敗してしまった既成行為に対するやり直しの可能性を認め

13) 拙著「成年後見法制定要綱『私案』」ジュリスト1055号101頁。立法論としては原則として代理権による支援を唱えているが、その場合、説明・話し合い・説得等を通して確認された本人の意向に基づく代理権の行使—本人自ら行為することが可能であればそれを支える—という形の支援である。

14) 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』（金融財政事情研究会、1998年）8頁。

15) このようにいうと、消費者保護法制で不十分と感じれば成年後見制度を利用すればよいという意見が出て来よう。しかし、判断能力が不十分な人のための保護をすべて成年後見制度に頼ろうとすると膨大な社会的コストがかかる。この点から、筆者は、いわゆる2025年問題を前にして、やみくもに成年後見制度の利用者の拡大を図るのではなく、簡易な支援（保護）制度や多様な社会資源の活用を検討するべきだと考えている。

16) 若干観点がずれるかも知れないが、石田穰『民法総則』（信山社、2014年）は、制限行為能力者であるゆえの不利益を受けるおそれがない場合は取消すことができないと解すべきであり（169、170頁）、他方、制限行為能力者でなくても判断能力（石田は「意思能力」）が不十分な者が判断能力が不十分なゆえに不利益を受けた場合は取消しの可能性を認める（176頁）。

る制度」として捉える。非常に示唆に富む考えである。しかし、知的障害者については有効な視点であると思うが、精神上の障害を持つ人全般に当てはまるだろうか。浪費に関しては、逆に助長する結果になりはしないか。

現行法下の取消権の積極的意義を考えるならば、同意権による支援に実効性を与えるもの、すなわち同意が機能しなかった場合の補完にほかならない。本人の意思決定と本人保護（パターナリズム）の調整の機会を担保するものである。同意が機能しなかった結果、本人の将来生活に不安を生じる場合に、その不安を除くための最終的な手段として期待される。とすれば、同意による支援を妨げるなど保佐人・被保佐人側に帰責される原因によって同意権による支援が正常に機能しなかった場合まで、取消権の保護を与える必要はない。

このように考えてくると、保護類型の別、本人の属性、対象となる行為、同意権が機能しなかった事情、相手方の容態等によって、取消権について調整の余地があろうと思われる。

すなわち、運用面においては、取消権の行使は謙抑的であるべきだという考え方が導かれる¹⁸⁾。取消権の行使対象においては、悪徳商法、あるいは対価的に不釣り合いな取引、過剰・過大な取引に限定すべきであり、行使機会として同意が機能しなかった場合に限定しても保護としては十分であろう。また、解釈面においては、上記の総合判断、比較衡量から取消権が制約される可能性を認めてもよいのではないか。取消権は保護（筆者の立場では支援）の手段であって、それ自体が目的ではない。

17) 上山泰『専門職後見人と身上監護〔第3版〕』（民事法研究会、2015年）227頁。

18) 筆者とは根拠や方向性は異なるものの、取消権の謙抑的行使を指摘するもの上山・前掲（注17）228頁、清水Ⅱ（注2）[129頁]がある。

3 財産管理権再考

保佐人・補助人に代理権付与が認められた。立法担当者は、代理権から財産管理権が導かれるとする¹⁹⁾。

これに対し筆者は、後見と保佐の財産管理に質的な違いはないとの理解²⁰⁾を前提に、財産管理権から代理権が派生すると考え²¹⁾、財産管理の一態様としての取消権の効果として取り消した売買等の交付物の返還において保佐人に受領権限があると考え²²⁾。

いずれが淵源で派生效果かという点はおくとしても、代理権だけでなく、同意権・取消権の範囲においても財産管理権限ということは考え得るのではないか。代理権のほか、同意権・取消権を含んだ保佐人等の職務全体からみた財産管理権の再構成が必要と考えている。そこで中核をなすのが同意権であり、「同意権中心の支援」からの構成が必要となる。

ところで、保佐人の財産管理権で想起されるのが、於保説である。於保博士は、保佐人も同意権の範囲・程度において準禁治産者（被保佐人）と共同で管理処分権および代理権を有し、保存行為は両者が単独でなしうるとされる²³⁾。

これに対し私見は、代理権付与がないのに代理権や処分権まで認めるものではなく、同意権・取消権に関わる限度において財産関係について保佐

19) 小林ほか・前掲（注10）146、148頁。

20) 額田洋一=秦悟志編『Q&A 成年後見制度解説第2版』（三省堂、2003年。初出は2000年）123頁 [熊田均]。

21) 拙著『Q&A 成年後見の財産管理』（学陽書房、2012年）4頁。

22) 拙著・前掲（注21）154頁。なお、須永醇『民法論集』（酒井書店、2010年）261頁は、返還請求、目的物の受領ができなければ保佐人に取消権を認めた意味は減殺されるので取消権からこれを認めるべきであるとする。

23) 於保不二雄『財産管理権論序説』（復刻版。有信堂高文社、1995年）158～163頁、同『民法総則講義』（復刻版。新青出版、1996年）60頁。

人に一定の関与をする権限を認めようとするものである。例えば、後見届けの提出、預金通帳・キャッシュカード、権利証等の保管²⁴⁾、取消しによる返還物の受領等は同意権・取消権から導き得ると考える²⁵⁾。

4 浪費者除外の意味

現行制度で浪費者は保佐の対象から除外された。自己決定—自分の財産を自由に使うこと—の尊重である。立法担当者は、十分な判断能力を有する浪費者は対象にならないが、浪費者の中で判断能力が不十分な者は保佐・補助の対象になると説明する²⁶⁾。

そう病による万能感から高額なFX取引に没頭し多額の損失を生じさせる例、あるいは知的障害につけ込まれて金品を巻き上げられている例では分かりやすい。「そう病（精神障害）」あるいは「知的障害」を理由に保佐等の開始を認めることに異論はなかろう。

問題は、明確に精神病や知的障害が診断されていない場合である。浪費できるということは、自己の行為の意味は十分理解できている。自己の消

24) 保佐人が保管できる根拠を説明するもので、被保佐人から一方的に取り上げるという意味ではない。本人の意思尊重義務・身上配慮義務を前提として、説明・説得・同意に基づくものである。

25) 清水Ⅰ（注2）は、本判決には反対の立場をとりながら、保佐人にも最低限度の財産管理権（預金についてはその管理権限）を認め、通帳・キャッシュカードを管理できると解すべきとする [81頁]。なお、運用面では、預金取引においては、「取引社会からの忌避という副作用を伴いかねない取消制度の活用による事後処理に頼るよりも、預金の適切な管理による浪費の事前防止をめざす方向がより望ましい」とし [82頁]、清水Ⅱ（注2）は上記権限の根拠を「保存行為としての占有・準占有権限（いわゆる狭義の財産管理権）」と構成している [132頁]。他方で、同論文はさらに預金の払戻権限まで視野に入れるが [135頁]、保佐人の権限濫用防止の観点からも、払戻しは—同頁注29で言及されている年金受取口座に限定する制度はともかくとして—厳格に代理権付与によるべきである。

26) 小林ほか・前掲（注10）79頁。

費行動を制御²⁷⁾することができないだけである。浪費傾向にある者は、素人考えではあるが、多かれ少なかれこのような制御ができないのではなからうか。

したがって、精神上の障害により「判断能力が不十分」といえるには、浪費を制御する能力の減退が病的な域にまで達している、すなわち「自分でやめようと決意しても、自分の意志ではコントロールできない²⁸⁾」状態であることが必要だといふべきであろう。そして、自己の財産は本来自由処分が許されることからすれば、「浪費」とは「自己の経済的基盤を危うくするような消費行動」と厳格に解するべきである。この2点の認定は安易になされるべきではない²⁹⁾。

もっとも、「自分の行為の結果を判断することのできる精神的能力³⁰⁾」があるなら、それに応じた責任の負担が求められる。そのため、保護規定の適用に制約があってもやむを得ないのではないだろうか。

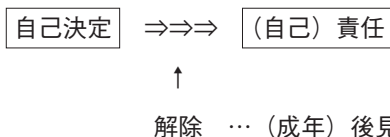
27) 立法担当者はこのような「制御能力」（認識の内容に従って自己の行動を制御する能力）も広義の判断能力（事理弁識能力）に含まれるとする（小林ほか・前掲（注10）51頁注4）。事理弁識能力の有無は法的判断であるから、制御能力もまた法的判断である。

28) 薬物依存についての定義であるが、松本俊彦『薬物依存症』（ちくま新書、2018年）37頁。

29) この点から、本判決の事案では、そもそも保佐を開始したこと自体に疑問が残る（注9参照）。

30) 伝統的にはこのような精神的能力を「意思能力」と呼んできた（我妻榮『新訂民法総則』（岩波書店、1965年）60頁）。しかし、一般に精神的能力には程度がある一方、意思能力とはそれを欠くと法律行為は無効となるという（民法3条の2）一種の資格である。したがって、上記の精神的能力を欠く場合は意思能力がないと言っても、上記の精神的能力自体は人によって程度に差がある。たとえて言えば、運転免許をもっているも運転技量には差がある。以下はこのような理解のもとでの論述であることをお断りしておく。

5 “自己責任” とその解除



自己決定には、その帰結として責任を伴う（自己責任）。取消権は、この自己決定⇒自己責任を解除³¹⁾するもので、被保佐人等は判断能力が十分でないゆえ自己責任を免除される。

「浪費」であれば消費行動を制御できないことに解除の根拠を求めることになるが、それ以外の部分では当然に解除が認められることは正当化されない。例えば、積極的に治療やカウンセリングを受ない、損失回避行動をとらない場合にはそれに対応する限度で—理解力は備わっていることを前提に—自己責任の負担を求めてもよいはずである。

IV 各論（１）—取引の安全に関連する民法の諸規定について

1 日常生活に関する行為

日常生活に関する行為については保佐人の同意を要せず、被保佐人は行為能力が認められる（民法13条1項ただし書き、2項ただし書き）。この「日常生活に関する行為」の範囲については定説をみない状況であるが、「日常生活に関する行為」のための預金の払戻しは含まれるとするのが一般的理解である³²⁾。

31) もっとも、この解除にあたっては、被保佐人の精神的障害の内容、理解力、取引行為の客観的性格、相手方の属性・態様等を総合した判断によるべきではないかと考える。

32) ただし、大村敦志『民法読解総則編』（有斐閣、2009年）61頁は疑義を呈する。

この規定の趣旨は、被保佐人の地域生活を保障するためであり他方で取引の安全にも資するとされるが、その範囲の設定にあたっては被保佐人の財産や収入の多寡に左右されると解されている³³⁾。相手方としてはその限度を知ることが容易でないため、この規定は取引安全のためには余り機能しないと云わざるを得ない。

2 元本の領収—払戻し

民法13条1項1号は「元本の領収」を保佐人の同意を要する事項（要同意事項）の一つとし、弁済の受領、預貯金の払戻しもこれに含まれるとするのが立法担当者の見解であるが³⁴⁾、立法論的には疑問である。

すなわち、民法13条1項の趣旨は、被保佐人の経済生活に重大な影響を与える行為について、保佐人が適切に同意を与えることにより、被保佐人に不利益を生じることを防止することにある。これを各号について見るに、3号、8号、9号は対価的取引行為であり、他も1号を除いてはいずれも被保佐人が「不利益な選択」をするおそれがある。

これに対して、「元本の領収」は価値中立的である。元本を受け取って債権が消滅しても、現金（元本）が手元に残りバランスシート上はプラスマイナス0である。にもかかわらず要同意事項にしているのは、「無益なことに使ってしまうかも知れない」という心配（浪費の事前予防）にはかからないが、過剰なパターンリズムである。実際にも、保佐人が同意しても被保佐人が受領すれば、浪費の危険は依然として残る。他方、元本の領収を要同意事項として取消可能性を認めることは取引安全を害する度合いが大きい。効果と弊害のバランスを欠いていて、立法論としてはなほだ疑

33) 小林ほか・前掲（注10）106頁。

34) 小林ほか・前掲（注10）88頁。家裁実務もこれを前提としている（阿多麻子「後見事務およびその死後事務と金融機関との関係」金融法務事情2089号16頁 [21頁の表]）。

間と言わざるを得ないのである³⁵⁾。

とりわけ普通預金の払戻しについては、その感が強い。私は、解釈として「元本の領収」に該当しないとすべきだと考える。その理由は次の諸点にある。

第1に、普通預金の払戻しを要同意事項としても被保佐人に対し保佐人の同意を得ようとする動機付けにならない³⁶⁾。他の号については被保佐人が当該行為を実現したいなら事後の取消しを恐れて事前に同意を得ようとする。これに対して払戻しは保佐人の同意を得ずに行って取り消されても、残高が回復して二重に払戻しを受けることができる。浪費防止どころか逆に浪費を慫慂することになりかねない。

第2に、預金取引の手段の多様化である。窓口での払戻しであればまだ払戻請求者の挙動を観察できるが（といっても限度はある）、ATMやインターネット取引では不可能であり、金融機関としては防御のすべがない。民法制定時にはこのような取引形態は当然想定されていなかった。

第3に、預金の機能である。「無益に使う」可能性があるとしても、現金を手にしたから無益に使うのではなく、口座に残高があるから使うのである。金融機関は普通預金の払戻しを拒絶できず、機能としては「金庫」と同じである（この点、定期預金も総合口座のそれであれば、当座貸越に

35) 道垣内弘人「成年後見制度私案（四）」ジュリスト1077号120頁、清水Ⅱ（注2）[136頁]。また、大村敦志『民法読解親族編』（有斐閣、2015年）431頁は、民法864条が「元本の領収」を除いているのは「元本の領収」が浪費者を念頭においたものと説明されているところから、浪費者を除外した改正とともに（現）13条1項1号は「改めるべきだったかもしれない」とする。もともと保佐（準禁治産）はフランス法において「基本財産の蕩盡のみを防ぐ目的をもって認められたもの」とのことで（於保・掲掲（注23）『財産管理権論序説』152頁）、この思想が日本法に引き継がれたと考えられる。そうであるなら、理念の大転換を図った際に、民法13条1項各号についてその当否を総点検するべきであった。

36) 清水Ⅰ（注2）[79頁]。

よる引出しを拒絶することができず、解約と同じ結果になる)。

第4に、他の決済手段との不均衡である。現在では、クレジットカード、デビットカード、電子マネー、さらにはQRコード決済など様々な決済手段がある。預金の払戻しを受けて商品を購入することと、クレジットカード等を利用して商品を購入することでは経済的機能は同じであるが、後者において被保佐人の口座からクレジット会社等への資金移動は「払戻し」ではなく、同意⇒取消しの対象ではない。払戻しのみ「保護のため」要同意事項とするのはいかにも均衡を欠く。

3 「詐術」

被保佐人の保護と取引安全を直接的に調整するのが民法21条である。

「詐術」とは人を騙す手段をいい、詐術を用いたとは「他の言動とともに相手方の誤信を強めさせた場合」を含む(最判昭和44年2月13日民集23巻2号291頁)。「行為能力者である」あるいは「制限行為能力者ではない」と言わずとも、一連の言動を見たとき、行為能力者であると信じさせるに足りるものであればよい。そこで、伝統的な対面取引の場面では、「自分は相当の資産信用を有する」と告げたとか(大判昭和8年1月31日民集12巻24頁)、「〇〇協会理事」という名刺を出した(最判昭和35年5月24日民集14巻7号1154頁)といった資産の保有や社会的な地位を信用させる点が重視されることになる。

これに対し、ATMやインターネット取引といった現代的な機械的あるいは電子的取引の場面では、個々の言動の個性は問題にならない。これらは所定の操作を行えば所期の結果が得られる。そして所定の操作を行うには相応の理解力と記憶力が必要であるため、所定の操作を行えたということはこれら能力が備わっていると一般に受けとられる。したがって、後見届けをしていない状況においてこれら操作を行うことは、「行為能力者で

あると信じさせるに足りる」ということができる。

もっとも、単に操作を行っただけという一審判決のような捉え方も出てこよう。

しかし、そもそも本条の意義は詐術を行う制限行為能力者への制裁であり、反信義性から制限行為能力者より相手方の保護を優先したものであるとされる³⁷⁾。自己が制限行為能力者であることを認識しつつATM等を操作すれば「反信義性」を肯定してよいのではないか³⁸⁾。操作により自動的に取引が完結し行為者は所期の結果を得られるのに対し、金融機関の側では制限行為能力者でないか確認する余地は一切ないからである。単に操作を行っただけという評価はあたらぬ。

なお、詐術に当たるためには制限行為能力者が行為能力者であると信じさせる目的をもってしたことを要する（前掲最判昭和44年2月13日）。自己が被保佐人であること、当該行為が保佐人の同意を要する種類のものであるとの認識があれば、当該目的があったといえよう（その意味では、「反信義性」の判断と重なる）。

4 現存利益

現民法121条の2による原状回復と旧121条の返還義務³⁹⁾が同一か否かは一個の問題であるが、現121条の2第3項も旧121条ただし書きと同様に制限行為能力者については「現に利益を受けている限度」（現存利益）の返還で足りるとしている。そして、受け取った金銭を浪費した場合は、現存利益はないとするのが確定した判例である（大判昭和14年10月26日民集18

37) 谷口知平=石田喜久夫編『新版注釈民法(1)』（有斐閣、1988年）331頁〔山主・磯村〕。

38) もっとも、未成年者については社会性が乏しいため、単純に操作を行っただけでは反信義性を認められないというケースもあり得よう。

39) 旧121条による返還は不当利得返還義務であり、同条ただし書きは703条、704条の特則であると解するのが通説とされていた。

卷1157頁等)。

しかし、<有益なことに使えば利益は「あり」、無益なことに使えば(浪費)「なし」>というのは、良識に反するのではないか?⁴⁰⁾ 成年後見制度は被後見人等が不利益を受けることを防止しようとするもので、二重の利得を与えることを目的とするものではないはずである。

このような批判を回避する解釈としては、次のようなものが考えられる。

①悪意の制限行為能力者は704条による⁴¹⁾

②金銭の場合は常に現存利益あり

③浪費は現存利益あり⁴²⁾

④「自分で稼いだ金」(家産に属する財産や相続した財産でない)の消費については現存利益あり(あるいは、少なくとも将来の生活維持を困難にする恐れがない場合に限定して)

⑤制限行為能力者の類型、行為者の主観的事情、相手方の事情等を総合的に考慮して判断する⁴³⁾

「無能力者に取消権を与える趣旨は、債務負担の意思表示を取消して債務を免れ、又債務なくして給付したものを取戻すことを認めることによっ

40) 法学教室第1期第2号「民法の盲点」の柚木馨博士の発言[8頁]。

41) 古くは近藤英吉博士の説であるが、於保不二雄=奥田昌道編『新版注釈民法(4)』(有斐閣、2015年)520頁[奥田・平田]も、制限行為能力制度の濫用に対しては民法21条に「連続するものとして、残存判断能力を基礎として、悪意の利得者責任を認める余地もある」とする。

42) 前掲・法学教室(注40)の加藤一郎博士の発言[8頁](ただし、浪費者の浪費に限定)。渡辺・前掲(注6)は「『浪費は現存利益なし』という準則の現代的妥当性は、改めて問われるべきものと思われる」とする[66頁注35]。

43) 遠藤浩「無能力者保護と不当利得」(『谷口知平教授還暦記念不当利得事務管理の研究(3)』(有斐閣、1967年)109頁)[115頁]。「本人保護と現代的理念の調和」及び制度の「柔軟性・弾力性」は受領物の返還の場面でも考慮されるべきとする渡辺説(注6)[67頁]も同様の方向性と思われる。

て充分達せられるのであるから、その上に受けた利益の返還についても無能力者に有利に解することは過責小なる相手方に対し余りに苛酷であり、無能力者の保護に過ぎる」⁴⁴⁾という谷口博士の考えを推し進めるならば、②と認めるのが「はっきりする」⁴⁵⁾。金銭は「価値」そのものであることから妥当と思われる。ただ、物の毀損等の場合と対比するとバランスが悪いのではないか。そこで私は、②を原則としつつ、物の毀損の場合に準じて、外的に要因によって減じた場合—盗難・詐取・これに準じる知的能力の不足に乗じた他人の誘いかけによる費消（俗に言えば“たかり”）—に限り、利益が消失したと解したい。

V 各論（2）—免責約款

1 免責約款の有効性

(1) 定型約款性（一般的要件）

定型約款とは、「定型取引」（ある特定の者が不特定多数の者を相手方とする取引で、内容の全部又は一部が画一的であることが当事者双方にとって合理的なもの）において、契約の内容とすることを目的として、その特定の者により準備された条項の総体をいう（民法548条の2第1項）。

立法担当者は普通預金規定を該当例としてあげており⁴⁶⁾、預金規定が定型約款に該当することは、おそらく異論がない。

(2) 変更要件

44) 谷口知平『不當利得の研究』（有斐閣、再版1965年）428頁。

45) 前掲・法学教室（注40）の谷口博士の発言〔8頁〕。もっとも博士の基本的立場は、「具体的に当事者の過責を考量し斟酌して現存利益を認定する」という比較衡量論である。

46) 筒井建夫・村松秀樹『一問一答民法（債権関係）改正』（商事法務、2018年）246頁。

後見届けに関する預金規定の変更（追加）は、改正債権法の施行前になされたものであるが、改正法に準じて、変更の可否を検討しておく。

改正法は、次のいずれかの場合は、準備者が定型約款を一方的に変更することにより、契約内容を変更することができるとしている（民法548条の4第1項）。

①変更が相手方の一般の利益に適合する場合

②変更が契約の目的に反せず、かつ、変更の必要性、変更後の内容の相当性、定型約款の変更がある旨の定めの有無及びその内容、その他の変更に係る事情に照らして合理的な場合

これを充足するとみるか否かは、免責約款の目的、機能の理解のしかたによって結論が分かれよう。金融機関のみを利し、預金者に一方的に不利益を与えるものと理解するなら、①にはあたらず、②でも「合理性」は認めにくい。反対に、預金者である被後見人等の保護と取引安全の調整規定と捉えるなら、少なくとも②の要件は充足するといえる。私見は前述したところから（Ⅲ1）、後者の理解である。敷衍すると、地域生活を保障しつつ被保佐人の保護を図るには、預金のうち被保佐人の自由処分できる範囲を限定し、それを超える払戻しについては保佐人の「同意」という事前チェックに誘導する。それを確実にする簡易迅速な手段として後見届けは相当なものであり、他方、Ⅳで述べた諸点について現在の通説的な理解のもとでは、金融機関にとって防御のほとんど唯一の手立てであることから、届出を義務づける約款には合理性がある（届出権限、強行法規性の問題等についても合理性判断の要素になろうが、これらについては以下に検討する）。

なお、相手方の利益を一方的に害する契約条項であって信義則に反する内容については、合意したとみなされないが（同条2項）、当該約款の目的・機能からは「信義則」に反するとは言えない。

(3) 届出権限と届出義務

後見人、預金取引につき代理権付与のある保佐人・補助人は、預金の管理権に基づき後見届けの届出権限があり、法定代理人として本人に代わり（さらに善管注意義務から）届出義務がある。この点は異論なからう。

代理権のない保佐人・補助人（預金取引につき同意権付与がある場合）は、同意権に含まれた財産管理権として届出権限を肯定できると考える（Ⅲ 3）⁴⁷⁾。届出権限がある以上、善管注意義務から届出義務もあるというべきある⁴⁸⁾。届出は、一挙手一投足ですむことであり、このように理解しても代理権のない保佐人等に過剰な負担を課すものではない。

(4) 取消規定の強行法規性

制限行為能力者の取消しに関する規定は強行法規と解するのが一般的とされる。そこでこの点が、免責約款の有効性を否定ないし疑問視する理由の一つとされている⁴⁹⁾。

しかし、強行法規とするのは旧法下で成立した解釈である。Ⅲ 1、2で述べたところから、取消権の強行法規性を絶対的なものと見ることには再検討の余地があるのではないか。

取消権を全面的に否定する合意は無効であるとして、一切の制限が許されないとまで考える必要はない。新理念と本人保護の調和の観点から「合

47) 阿多・前掲（注34）[22頁]は、代理権のない保佐人・補助人も「身上配慮義務の一般として、早期に金融機関への届出をすることが求められて」いるとする。結論同旨、滝沢・前掲（注2）[10頁]。否定説に、本山・前掲（注2）[67頁]、熊谷Ⅰ（注2）[66頁]。

他方、金融機関側としては、届出があれば、（保佐開始が確認されたことを前提として）権限を云々することなく、届出を受理するのが妥当である。

48) 家裁実務では代理権のない保佐人は預金の調査権限はないとしているので、一応ここでは、届出義務があるのは申立書添付の財産目録等により知り得た金融機関に限定されるとしておくが、同意権から調査権限があると解する余地はあろう。

49) 滝沢・前掲（注2）[9頁]、清水Ⅰ（注2）[74頁]。

理性」がある限り、取消権行使が一部制約される結果となるような特約等も許容されてよいと考える。

(5) 届出による不利益の不存在

後見届けをすることにより被保佐人が同制度の目的を超える不利益を受けることがあってはならない。例えば、届出により被保佐人の口座を凍結する⁵⁰⁾ようなことがあるなら「合理性」は否定される。

(6) 消費者契約法10条との関係

消費者契約法10条は、「信義誠実の原則に反して消費者の利益を一方的に害する」契約条項は無効とする。

しかし、本件の免責約款は「被後見人等の保護と取引の安全の調和を図るための合理的規定」(本判決)といえ、信義誠実の原則に反するものではない⁵¹⁾。なぜなら、預金取引の継続は被保佐人等にとって必要であるが、金融機関の立場にたってみれば、取消リスクにさらされながら預金取引の継続を強制されるいわれはない。逆にいえば、届出をすれば、取消権が制限されることはない。地域生活・ノーマライゼーションのため適切に預金取引を継続するには、預金者(被保佐人等)、保佐人等、金融機関の協同が必要である。その一つとして預金者側に届出を求めることは、決して過度の要求や期待できない要求ではなく、預金者を不当に不利益な立場に置くものではないからである。

50) 少し古いですが、実際凍結している例の報告がある(日弁連『『成年後見制度に関する取扱いについてのアンケート』集計結果、分析と考察』15頁〔2009年〕https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/committee/list/data/seinenkouken_anquet_result.pdf)。日弁連の働きかけもあり現在は改善していると思うが、このようなことは金融機関にとっては自分で自分の首を絞めるようなものであることが自覚されなければならない。

51) 反対、清水 I (注 2) [74頁]。

2 免責約款の効果

(1) 「当行は責任を負わない」との意義

「当行は責任を負わない」との文言から本判決は払戻しを取り消すことができないとしたが、取消権の制限に直結するか。

取り消すことができるが新たな払戻義務を負わず免責されると解するべきとするものがある⁵²⁾。文理に忠実で、取消権の強行法規性との正面衝突を回避することができる。

他方、顧客側が「利得の喪失」を主張できないと解する余地もあるとの指摘もある⁵³⁾。文理から離れるきらいはあるものの、問題の核心をつき、新理念と本人保護の「調和」に資する解釈で、理論構成としてはよりスマートといえよう。私見もこれを支持する。

もっとも、新たな払戻しができない、あるいは利得の喪失を主張できないとしても、結果として取消しが否定されたと同じことであるから、これを「取消しできない」と単純化して理解することも許容範囲ではなかろうか。

(2) 保佐人の届出懈怠の場合

免責約款の適用を肯定した場合、保佐人の義務懈怠による不利益を被保佐人に帰する結果となることを疑問視する見解がある⁵⁴⁾。

しかし、保佐人の届出権限が肯定されるなら（1(3)）、履行補助者として保佐人の懈怠は本人である被保佐人に帰責されると解してよいと思う⁵⁵⁾。

また、保佐の場合は、被保佐人自身の懈怠にほかならないとみることが

52) 滝沢・前掲（注2）[10頁]、清水I（注2）[77頁]。

53) 熊谷I（注2）[65頁]。

54) 滝沢・前掲（注2）[10頁]。

55) 後見人の懈怠、代理権のある保佐人・補助人の懈怠は履行補助者の懈怠として本人に帰責される。

できる。被保佐人の属性によっては事実として届出を期待できない場合があるかもしれないが、保佐は被保佐人が行為することを基本構造としているところから、理論的には約款の一般的拘束力としての帰結ということができよう⁵⁶⁾。

3 小括

免責約款の目的・機能、他方、取消権の調整の余地があることから、免責約款は原則として有効と解してよい、というのが現時点での私の理解である。

すくなくとも、一律無効という必要はなく、一定の範囲⁵⁷⁾、あるいは事案によって効力は認められるべきである⁵⁸⁾。

そして、その効力は、払戻しを取り消しても被保佐人等は利得の消失を主張することができず、払戻金全額の返還義務を負うと解するが理論的には正しいが、実務的には取消権の制限と理解することも許容される。

56) 清水 I (注 2) は本判決の結論に反対しつつ、「被保佐人に届出義務を課すこと自体が背理とまではいえないと思われる」とする [77頁]。

57) 金融機関が免責約款でしか防御できない場合。具体的には、対面取引でない場合 (ATM、インターネットバンキング等)、対面でも銀行が典型的に「不注意」といえない場合 (行為者に「自分の行為の結果を判断することができる精神的能力」がある場合等) が考えられる。

58) 本判決に対しては原告側から上告・上告受理申立てがなされたが、最高裁はいずれも退けている。これは、本件の事案に限って本判決の結論を是認したものと理解すべきであろう (熊谷 I (注 2) [66頁])。その意味で、金融機関としては免責約款のうえに胡座を組んではならず、引き続き、被保佐人等への適切な支援と取引安全との調和のため創意工夫を重ねていくことが求められることを強調しておきたい。

VI 結語

冒頭に述べた違和感を除くためには、預金の払戻しは要同意事項に含まれないと解することが、同意権の機能からも取引の実際からも妥当な方向性と考える。より一般的には、制限行為能力者の保護規定は、保護類型、本人の属性、対象となる行為、同意権の機能の有無、機能しなかった理由、相手方の容態等によって調整があつてよい。

しかしながら、「元本の領収」、「現存利益」に関する家裁実務、確定判例は上述のとおりであり、これを前提とする限りでは、後見届けは金融機関にとってはほとんど唯一の防御方法であつて、本人保護と取引安全の調整として「合理性」を持つ。少なくとも免責約款でしか防御できない場面においては、免責約款の有効性は否定されないというべきである（注1の拙著の見解は、個人の解釈論としては改説する）。

いずれにしても、新理念に則した障害特性に応じた支援のあり方が模索されるべきであり、その支援のあり方を踏まえた解釈論が展開されることが望まれる。

以上、大風呂敷を広げたものの、管見の限りを書き連ねただけの備忘に留まった。ここであげた諸点の掘り下げについては、今後の課題とせざるを得ない。

（追記）

荒牧重人、日高昭夫、丸山正次の3先生には長年にわたり山梨学院のためにご尽力なされ、本当にお疲れさまでございました。先生方の今後のご健勝とさらなるご活躍を祈念申し上げます。

特に、法科大学院でご一緒させていただいた荒牧先生には、法科大学院

の運営には多々ご苦勞がおありであつたろうと拝察申し上げますが、我々
実務家教員に種々ご高配を賜り感謝に堪えません。心より御礼申し上げます。