任意後見制度の

改善・改正の提言

平成24年７月

日本成年後見法学会制度改正研究委員会

はじめに

任意後見制度を創設した任意後見契約に関する法律（以下、「任意後見契約法」という）は平成11年12月に制定され、同12年４月から施行された。任意後見制度の運用が開始されて、12年が経過したことになる。任意後見制度は、新しい成年後見制度の理念のひとつである自己決定権の尊重に最も適った制度であり、超高齢社会を目前として、その活用が期待されていた。

平成12年４月から同22年12月までの任意後見契約締結の登記件数は49,696件となっている。契約社会として必ずしも成熟しているとはいえないとされてきたわが国において、契約によって将来の支援を受けることを定める任意後見制度の利用がこのような数に至ったということは、一定の評価をしても良いであろう。

しかし、平成22年１年間の法定後見申立件数が24,905件であることや認知症の高齢者数の推計が平成20年で200万人とされていること[注1]等からみると、利用状況は未だ非常に少ないといわざるを得ない。

制度の利点を広く周知させ、またより利用しやすくするための対策が必要である。

また、これまでの任意後見制度の運用を経て、一方でより利用しやすい制度とするための課題が明らかになり、他方では、創設当初は予想もされなかったような濫用事例もみられるようになり、その防止策が課題となっている。

このような状況を背景として、平成19年には日本司法書士会連合会及び社団法人成年後見センター・リーガルサポートから、平成21年には日本弁護士連合会から、それぞれ任意後見制度に関する改善提言が発表された[注2]。また、平成22年には財団法人民事法務協会から「成年後見制度の現状の分析と課題の検討」に関する研究報告書が出され、その中でも任意後見に関する同様の問題認識が示されている[注3]。

以下では、以上の提言も視野に入れつつ、任意後見制度の改善・改善策を提言する。

（注1）厚生労働省・高齢者介護研究会報告書「2015年の高齢者介護」（2003年6月）。認知症高齢者数の公的な機関による推計は、他には見当たらない。

（注2）提言書の全文については、日本司法書士会連合会ホームページ〈http://www.nichibenren.or.jp〉及び公益社団法人成年後見センター・リーガルサポートホームページ〈http://www.legal-support.or.jp/〉に、それぞれ掲載されている。

（注3）財団法人民事法務協会の研究報告書の全文については、同法人のホームページ〈http://www.minji-houmu.jp/〉に掲載されている。

１　任意後見契約の運用においては、将来型を基本とすること

任意後見制度には、任意後見契約の効力発生時期との関係で、既に判断能力（民法７条等に規定されている事理弁識能力）が減退しているときに、契約を締結して直ちに発効させる「即効型」、将来、判断能力が減退したときに発効させる「将来型」、判断能力減退以前には任意の財産管理契約を、減退が開始したときに任意後見を発効させる「移行型」という３種類の利用方法がある。

(1)　即効型の問題点

しかし、「即効型」の利用については、委任者の判断能力との関係で慎重な対応が必要である。

任意後見においては、委任者が自己の将来の生活設計を立て、任意後見受任者に対し財産の管理や身上監護などに関する事務の委任を行うものである。委任事項にもよるが、将来の自己の生活像を描き、それにふさわしい生活レベル、収支予測などを行って任意後見人に対する報酬額を定め、また施設入居、不動産処分の可能性などを検討して代理権を付与するか否かを決定するものであるから、ある程度高度の判断を要求される。判断能力減退が軽微な場合はともかく、相当程度減退が進んだ者では、これらの委任事項について十分な検討をして決定することは困難と考えられる。

したがって、既に判断能力が減退している場合には、その意思能力と委任事項との関係から契約の適否を判断する必要がある。判断能力の減退が保佐レベルにまで至った者については、その意思能力からみて、日常生活に必要な範囲の財産管理を委任するという程度が限界と考えられる。原則として、重要な財産の管理まで委任するような任意後見契約を締結すべきではない。

しかし、「即効型」のすべてを不適当とすることはできない。判断能力は、その精神上の障害の内容により千差万別である。初期アルツハイマー型認知症患者においては、自己の病状の進行に備えて任意後見契約を締結したいというニーズが高いとされている[(注4)]。確かに、アルツハイマーに罹患して初めて、将来の生活設計を立てることの必要性に気づくということも多いと思われる。初期アルツハイマー罹患の場合は、局面によっては高度の判断能力が維持されていることがあり、このような者にとっては任意後見契約の「即効型」は自己決定権行使の最善の手段となる。

（注4）新井誠『成年後見』（有斐閣、2000年）129頁。

(2)　移行型の問題点

「移行型」は、任意後見契約発効前の委任者と受任者との関係を円滑に処理し、また任意の財産管理から任意後見に時間的間隙なく移行することができるため、本人の保護に厚いと考えられていた。

ところが、最近、「移行型」の契約を締結した後、本人の判断能力が減退したにもかかわらず、任意後見監督人の選任を申し立てないという事例が見られるようになった。任意の財産管理契約で財産管理が進んでしまうと、任意後見監督人の選任を申し立てて監督に服するのは煩わしいと考えるのか、本人の判断能力が相当に減退しているにもかかわらず、それまでと同様、公的監督を受けない財産管理を継続している事案が相当にあり、批判の声があがっている[注5]。

「移行型」においては、本人の判断能力に問題がない段階から、財産管理を委任することになるが、現実にそのような必要性があるのは、身体上の障害等により自ら事務処理をすることが困難となった場合である。

他方、現在では、任意後見監督人選任手続が非常に短期間で行われるようになっていることを考えると、判断能力がなくなった際に財産の管理を時間的間隙なく行うことができるという利益は、重視する必要性が薄くなっている。したがって、単に時間的間隙を解消するためのみの理由で、「移行型」の契約を締結するのは、任意後見契約発効前の権限が過大に過ぎて適当ではない。

「移行型」の利用にあたっては、判断能力減退がない段階で財産管理権等の権限を与える必要性があるかにつき、慎重な検討がなされるべきであり、必要性が認められない場合にこの利用形態の契約を締結することは、原則として適当ではないというべきである。

(3)　判断能力に応じた任意後見契約の作成

任意後見契約の締結を助言し、補助する弁護士や司法書士等の専門家には、以上の任意後見契約の特質を考慮し、将来型を原則として、委任者の判断能力減退が始まっている場合には、それに応じた任意後見契約の作成ということを常に意識することが求められる。

また、任意後見契約の締結を最後に点検できるのは、その作成を行う公証人である。

（注5）日本公証人連合会法規委員会「移行型任意後見契約等委任契約公正証書作成に当たっての実務上の留意点（濫用の危険を防ぐ観点から）」（平成20年3月）。

それゆえ、公証人には委任者の判断能力を確認し、その判断能力の程度に合わせた委任事項とするよう助言・指導することが期待される。

2　公証人の嘱託拒絶権限を法律等で明確化すること

任意後見契約締結に関する委任者の意思能力に疑問があり、これを解消させる診断書等の資料が提示されないときは、公証人が任意後見契約公正証書作成を拒絶できる旨を公証人法に明示することが必要である。

現行法の下においても、任意後見契約を締結する意思能力のないことが明確であれば、公証人はその作成を拒絶することができる（公証人法26条）。公証人法施行規則13条１項は、委任者の意思能力に疑問があるときは、関係人に注意をし、かつ、その者に必要な説明をさせなければならないとしている。さらに、平成12年3月13日法務省民一第634号民事局長通達「民法の一部を改正する法律等の施行に伴う公証事務の取扱いについて」は、意思能力に疑義があるときは、その点に関する診断書等の提出を求めて保存し、又は本人の状況等の要領を録取した書面を作成して保存するものとしている。契約内容により、必要な意思能力の程度が異なることを考えると、公証人は、契約内容ごとに、委任者の意思能力の存否を確認する必要がある。事理弁識能力の減退した者が、詳細なあるいは包括的な権限を委任する契約を締結しようというときは、契約内容を真実理解しているとはいえないことも多い。

しかし、診断書が提出されず、また説明が十分でなくとも、契約が無効となることが明確でなければ、作成の拒絶はできないとされている。

任意後見契約は、判断能力が減退し、または判断能力を喪失した者が、長期間、その多くが財産のすべてまたは大部分の管理及び身上監護を委任する契約であり、委任者は、任意後見契約が発効すると、任意後見人にすべてを委ねることになる。任意後見監督人が監督するとはいえ、日常的に監督ができるわけではない。したがって、委任者の意思能力に疑問があり、診断書等これを解消させる資料が提出されないときは、意思能力が欠けている可能性が高いことから、公証人は作成を拒絶できることとし、その旨を公証人法に明示すべきである。日本公証人連合会『新版・証書の作成と文例』（立花書房、2005年）109頁は、契約締結について、受任者の意向があまりに強く、委任者が不当な影響を受けているような場合は、委任者の契約意思が確認できないとして証書作成を拒否することもあり得るとするが、これを規定上明確にすべきである。

なお、前述のとおり、任意後見契約締結にあたっては、本人の意思能力確認が不可

欠であることから、公証人による委任者本人面接も不可欠となる。前記法務省民事局長通達（法務省民一第634号）は、本人の意思能力と任意後見契約締結の意思を確認するため、原則として本人と面接することとしている。直接面接をしない限り、締結意思や意思能力につき確認をすることは困難である。公証人出張制度や法定後見制度があること、そして濫用のおそれがあることを考慮すれば、第三者が本人を代理して任意後見契約を締結することは認めるべきではない。

３　予備的な任意後見受任者の定めを認めること

同一の公正証書で複数の任意後見受任者と契約し、その間に順位をつけることを可能とすべきである。

第１順位の受任者を乙とし、第２順位の受任者を丙とするなどの予備的受任者を定めても、このような特約は、後見登記等に関する法律で登記事項となっていないため、登記ができない。

しかし、任意後見人が病気等でその職務を遂行することが困難になり、また、死亡すれば任意後見契約は終了してしまうため、そのような事態を防止し、継続して任意後見による支援を受ける必要性がある。そのため、同時に２名の任意後見人候補者を定めても、特別の事情がある場合を除き、２名が同時に後見事務を行う必要はないことが多い。したがって、予備的受任者の定めを有効として登記を認めることが必要となる。複数任意後見人に数字を付して順位を表し、どの任意後見人が現在活動中であるかを表示することは容易と思われるので、登記上これを認めても支障はないはずである。

４　任意後見監督人選任申立を適切に行うための方策（移行型の問題点とその対策）

(1)　委任者の能力減退後、本人に異議がない限り、速やかに任意後見監督人選任申立を行うことを受任者の義務とすることを任意後見契約法で規定すること

任意の財産管理契約と任意後見契約を同時に締結する移行型の任意後見契約において、委任者の判断能力が既に低下しているにもかかわらず、任意後見監督人の監督を受けるのを避けるため、あえて任意後見監督人選任申立をせず、監督を受けない任意の契約を継続させる事案が見受けられる。これでは任意後見制度の趣旨が没却され、財産管理権の濫用を防止することができない。

したがって、速やかに申立を行うことを受任者の義務とし、適切に任意後見が開始されるよう配慮することが必要である。任意後見契約において、このような条項を設けるならば、任意後見受任者は本人の判断能力を確認することが必要となるので、必然的に判断能力減退前における見守り条項も必要となろう。

(2) 移行型任意後見契約においては、後見類型と同程度に判断能力（事理弁識能力）を喪失したときは、代理権を消滅させるものとの契約条項を設けること

移行型任意後見契約は、判断能力が減退した場合は、任意後見契約に移行させるとする趣旨の契約であるから、委任者の意思は、判断能力減退によりすみやかに任意後見契約に移行するところにある。

しかし、判断能力の減退が軽度である場合は、本人が、受けるべき支援について一定の意思を表明することが可能であり、また任意後見契約に移行するにつき意思を表明することもできる（任意後見契約法４条１項３号）。

これに対し、後見類型と同程度に判断能力を喪失してしまった場合は、きわめて困難となる。委任者の意思は、このような場合には、任意の代理による支援を終了させ、任意後見により支援を受けるところにあるのが通常である[注6]。したがって、任意後見契約公正証書の条項にその旨規定することを原則とする運用をすべきである。

これに対しては、補助・保佐程度に減退した場合には消滅しないということであれば実効性は低いとの意見もあるが[注7]、やはり判断能力を喪失した場合に任意後見監督人を付さないということの弊害が最も大きいので、実効性はあると考えられる。

また、本人の判断能力喪失によって代理権を消滅させるのは、取引の安全を害するとの意見や、常に相手方から本人が判断能力を喪失していないことの証明を求められることになるなどの問題点が指摘されているが、疑問があれば、取引の相手方は本人と面会すれば足りることであり、そのような本人の関与を否定すべきではない。代理支援においても、本人を全く除外して契約を締結することは本人の自己決定権を軽視するものであるから、重大な契約においては、本人の意思確認の意味でも、本人が立ち会うか、取引の相手方と面会することはむしろ望ましいと言える。

（注6）前掲「移行型任意後見契約等委任契約公正証書作成に当たっての実務上の留意点」14頁。

（注7）前掲「移行型任意後見契約等委任契約公正証書作成に当たっての実務上の留意点」15頁。

５　任意後見監督人であった者の法定後見申立権の創設

任意後見人が死亡した場合において、任意後見監督人であった者にも法定後見申立権を認めるべきである。

任意後見が継続中であれば、任意後見監督人には法定後見の申立権がある（任意後見契約法10条２項)。

しかし、任意後見人が死亡した場合には任意後見は終了し、任意後見監督人の権限も消滅することになるため、同条項によることはできず、このため本人を保護する者がいないまま放置されるおそれがある。その時点でこれまで関与をしてこなかった４親等内の親族を探して申立を促すことや市町村長申立につなぐしかないとすると、相当長期の支援者不在期間を生じさせることになる。また、他の申立人につなぐ手続を行うのに適切な者も予定されていない。

任意後見監督人であった者に法定後見申立権を認めれば、これらの問題を解消することができる。

６　不当に高額な報酬の是正手続の創設

任意後見監督人に任意後見人報酬の減額請求権を認めることを任意後見契約法に定めるべきである。

契約後の状況の変動により、任意後見人の報酬額が不適当となった場合には、これを是正させることが必要となる。在宅で生活している本人に対する支援を前提として報酬額を定めたが、施設に入居したというような場合には、支援の内容は大きく変わることになる。また、複数の不動産の管理を行うこととなっていたが、不動産を売却したというような場合も、その事務内容は大きく変わる。

任意後見契約締結時であるならば、不当に高額な報酬は、公証人の公正証書作成拒絶の問題であり、上記提言２の中で是正させることが可能である。

これに対し、任意後見契約締結後は、契約変更の問題となり、本人と受任者ないし任意後見監督人（利益相反行為として任意後見監督人が代理権を有する）との合意ができれば変更は可能である。

しかし、任意後見人が反対すれば変更はできない。また、本人の判断能力が減退した後に、本人が任意後見人に対し報酬減額を請求することも現実的に困難である。

そこで、任意後見監督人に減額請求権を認めることが必要となる。借地借家法にお

ける賃料増減額請求（借地借家法11条・32条）と同趣旨の制度を設けるのである。このような制度であれば、逆に報酬の定めが低廉すぎて不相当になったときには、任意後見人に増額請求を認めることもあり得ることになる。任意後見契約発効後の報酬額変更については、通常は、任意後見人は任意後見監督人と協議することになるが、合意に至らない場合もあり得る。そのような場合には、裁判所が相当な金額を決定するということも考えられる。任意後見契約は契約期間が長期にわたることが予想される。そうであるならば、事情変更の原則の適用として減額請求の制度を設け、任意後見監督人が減額請求をすることができるものとすべきである。

なお、任意後見報酬については、一定の基準が存在するわけではないが、法定後見人等の報酬などを参考に一定の基準を見出すことは可能であり、最終的には裁判所の審判により適切な報酬額を定めることは可能である。

７　重要な法律行為についての任意後見監督人の同意

重要な法律行為（不動産の売買、施設入居契約など）については、任意後見監督人の同意を要する旨の特約を認めるべきである。

法定後見において、後見監督人が選任されたときは、後見人が民法13条１項各号の行為をするには、後見監督人の同意を要するとされているが（民法864条）、任意後見契約法はこの規定を準用していない。任意後見人の権限行使の適正を図るため、任意後見においても、同意を要する行為を定めることができ、その登記もできることとすべきである。ただし、民法864条を準用して民法13条１項各号の行為すべてについて当然に同意を要するとするのは、本人の自己決定を制約することともなるので、個別に同意を要する行為を選択することができるとすべきである。

また、同意を要するとした場合、同意なくして行われた行為の効力は無権代理となる。したがって第三者の保護については、表見法理で対応できる。

なお、現在でも、対内的な特約として定めることは可能である。前掲『新版・証書の作成と文例』104頁にも「同意を要する特約目録」が例示されている。ただし、現行制度下においてはその旨の登記はできない。

８　医療行為に対する同意の委任を認めること

医療行為の同意に関して、第三者による同意制度が認められる場合には、任意後見契約による同意の委任を認めるべきである。

医療行為の同意権の意義と成年後見人にも同意権限を付与すべきであることについては、既に当委員会「法定後見実務改善と制度改正のための提言」（平成20年７月）において、示したところである。

医療の同意権は、一身専属的利益に関するものではあるが、現状でも一定の範囲の親族が医療の同意をすることが一般的となっていることを考えれば、他者に同意権を委任する法制も可能であると考えられる。

そして、本人の意思を把握し、かつ最善の利益を図り得ると本人が認める者に対し、医療同意の委任を認めることは、本人の自己決定権の尊重に適う。

他方、医療の同意のように人の心身に関する重大な事項については、任意後見契約公正証書という明確な形式により委任することが適当である。

また、この場合、一般的な家族や成年後見人等の同意権よりも、本人が最も信頼する者の同意権を優先させることが相当と考えられる。

９　制度の活用のための広報と基盤整備

自己決定権の尊重に最も適する任意後見制度は、超高齢社会における判断能力減退者のための法的支援制度として最もふさわしい制度である。

しかし、冒頭で述べたように、未だ十分活用されているとは言い難い。その原因には、その利点が十分知られていないということ、一般的に自己の財産を他人に任せたくないという心理が強いこと、公正証書で契約を締結するという手続に対する抵抗があることなどがあげられるが、適切な受任者が見当たらないということも大きな原因の一つと考えられる。

社会福祉法人や社団法人、ＮＰＯ、法律や福祉の専門家などが任意後見の受任をしているが、その数は限られている[(注8)]。また、任意後見受任者に関しては、特に資格における制限がないため、受任することを標榜している団体等の信頼性に関する判断は必ずしも容易ではない。適切な受任者に関する信頼できる情報もない。自己の財産の管理を委託するとなると、当然、受任者を慎重に選択する必要があり、一定の質が担保された受任候補者がなければ、任意後見制度は意味のないものとなる。

したがって、親族以外の第三者が業として受任する場合には、一定の規制をして質を高めるとともに、第三者の受任候補者に関する情報提供についても何らかの方法が

（注8）実践成年後見14号特集「利用者のための任意後見」。

検討されるべきである[注9]。広報とあわせて、これらの基盤整備をすることにより、いっそうの活用が期待されることになろう。

なお、任意後見制度は、判断能力が減退した者を対象とする制度であるため、身体に障害を持つものの精神上の障害を持たない者は利用できない。身体に重度の障害があるため財産管理や法律行為等を第三者に委任したいという要求もあるが、公的監督がない場合、やはり濫用される危険性も高い[注10]。したがって、このような人たちのために公的監督のある簡易な代理制度を創設することも検討されるべきであろう。

（注9）なお、任意後見契約は、任意代理に公的監督を付した契約であり、法により特別の権限を付与するという制度ではないので、弁護士法、司法書士法、税理士法などのいわゆる業法による規制を受けることとなる。

（注10）現行成年後見制度の改正の際の議論でも、重度の身体障害のある者に対する何らかの支援制度が必要であることも認識されていた（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補足説明」（平成10年４月14日）15頁）。

当時、日本弁護士連合会は、精神的あるいは身体的能力の減退等により自己の事務を適切に処理することができなくなった場合に本人が自ら備える法制度を検討する必要があることを提言した（日本弁護士連合会「成年後見法大綱」（平成10年４月17日））。

なお、イギリスの永続的代理権授与制度（Lasting powers of attorney:LPA）においては、財産管理に関しては、判断能力減退がなくとも利用できるとされている（新井誠監訳・紺野包子訳『イギリス2005年意思能力法・行動指針』（民事法研究会、2009年）159頁）。

任意後見制度の改善・改正の提言

発行日　平成24年７月

編　集　日本成年後見法学会制度改正研究委員会

発　行　日本成年後見法学会

〒150-0013　東京都渋谷区恵比寿３－７－16

株式会社民事法研究会内

TEL 03-5798-7239　　FAX 03-5798-7278

http://www.jaga.gr.jp/　　Email:j_jaga@nifty.com