

レジュメ集

# 日本成年後見法学会

## 第 10 回学術大会

日時 平成 25 年 5 月 25 日 (土)

場所 中央大学多摩キャンパス

日本成年後見法学会



第10回学術大会

〈統一テーマ〉

# 任意後見制度の現状と問題点

午前の部 (10:00~12:00)

## 基調報告

- 1 任意後見制度の存立意義・再考  
新井 誠 (中央大学教授)
- 2 弁護士から見た任意後見制度の現状と提言  
布施 憲子 (弁護士)
- 3 司法書士から見た任意後見制度の現状と改善提言  
高橋 弘 (司法書士)
- 4 公証実務における任意後見制度の現状と課題  
寺尾 洋 (公証人)

午後の部(13:40~18:30)

## 特別講演

- 1 イギリスの任意後見制度  
デンゼル・ラッシュ (ロンドン保護裁判所上席判事)
- 2 自分のことは自分で決める：法定後見制度と  
対比した任意後見制度  
フォルカー・リップ (ドイツ・ゲッチンゲン大学教授)

## パネルディスカッション

〈進行役・コーディネーター〉

新井 誠

〈パネリスト〉

デンゼル・ラッシュ

フォルカー・リップ

## 目次

【登壇者紹介】 .....	4
【レジュメ】	
《基調報告》	
・任意後見制度の存立意義・再考 .....	6
中央大学教授 新井 誠	
《基調報告》	
・弁護士から見た任意後見制度の現状と提言 .....	8
弁護士 布施 憲子	
《基調報告》	
・司法書士から見た任意後見制度の現状と改善提言 .....	10
司法書士 高橋 弘	
《基調報告》	
・公証実務における任意後見制度の現状と課題 .....	14
公証人 寺尾 洋	
《特別講演》	
・イギリスの任意後見制度 .....	16
ロンドン保護裁判所上席判事 デンゼル・ラッシュ	
《特別講演》	
・自分のことは自分で決める：法定後見制度と対比した任意後見制度 .....	18
ドイツ・ゲッチンゲン大学教授 フォルカー・リップ	
《パネルディスカッション》	

## 登壇者紹介（50音順）

新井 誠（あらい まこと）

経歴：1973年慶應義塾大学法学部卒業。1979年ミュンヘン大学法学博士、2006年フンボルト賞受賞。筑波大学名誉教授ほか。現在は、中央大学法学部教授。

高橋 弘（たかはし ひろし）

経歴：コマツ海外事業本部を経て司法書士登録。NHK厚生文化事業団福祉ビデオ「成年後見制度」制作委員、2010年成年後見法世界会議事務局局長等を歴任。現在、実践成年後見編集委員、飯能市市民後見制度検討委員会委員長。

著書等：『成年後見法制の展望』（共著・日本評論社）、『成年後見制度をめぐる諸問題』（共著・新日本法規）、『成年後見教室実務実践編』（共著・日本加除出版）ほか。

寺尾 洋（てらお ひろし）

経歴：昭和48年4月	判事補佐官
昭和53年4月	判事任命
平成17年2月	鹿児島地方・家庭裁判所長
平成20年1月	千葉家庭裁判所長
平成21年12月	判事退官
平成22年1月	公証人（銀座公証役場配属）

布施 憲子（ふせ のりこ）

経歴：世田谷区社会福祉協議会成年後見支援センター事例検討委員会副委員長。世田谷区人権擁護委員。一般社団法人市民のための成年後見センター（銀のつえ）理事。

2000年～第一東京弁護士会成年後見に関する委員会委員。

著書等：『権利擁護と成年後見制度』（共著・弘文堂）、『成年後見の実務』（共著・第一東京弁護士会成年後見センター・新日本法規）、『マンガでわかる成年後見制度』（共著・講談社）。

## デンゼル・ラッシュ

経歴：ユニバーシティ・カレッジで歴史学を、ケンブリッジ大学コーパス・クリスティ・カレッジで法律学を専攻する。1978年、イングランドおよびウェールズで事務弁護士登録、その後スコットランドでも事務弁護士及び公証人登録。1996年4月24日に保護裁判所長に任命される。2007年10月1日のイギリス2005年意思能力法施行とあわせ、保護裁判所上席裁判官に就任。

ローソサエティ精神保健障害小委員会の前委員。英国医学教会内の「医学的治療に関する事前指示書に関する実施規定」作業部会委員としてその起草に携わる。

Cretney & Lush on Lasting and enduring Powers of Attorney (「持続的代理人および永続的代理人」) (6<sup>th</sup> edition, 2009) がある。また医学事典時点や法律事典の項目を多数執筆。

また、英国医学協会・ローソサエティ共編 Assenssinl Mental Capacity: Guidance for Doctors and Lawyers (邦題「イギリス成年後見ハンドブック—能力判定の手引」英国医師協会著、日本社会福祉士会編、新井誠監訳・解題、勁草書房、1995) (3<sup>rd</sup> edition 2009) を分担執筆。

## フォルカー・リップ

経歴：1962年生まれ。マンハイム、ハイデルベルグおよびゲッチンゲンの大学で法律を勉強。ドイツのマンハイム大学から1995年に法学博士号、1999年に教授資格を取得。2000年以降ドイツのゲオルク・アウグスト大学ゲッチンゲン法学部で民法、手続法、医事法および比較法を教える。2005年～2007年までゲオルク・アウグスト大学ゲッチンゲンの法学部長を務めた。

国内だけでなく国際比較の観点から、家族法、後見法、医事法および手続法に関する多数の書籍論文を発表。ドイツ成年後見法学会の執行委員会、ドイツ連邦医療審議会の倫理委員会および基本問題研究委員会のメンバーの他、いくつかの学会の会員でもある。

著書等：「Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson—自律と保護：法的人格者としての人」(2000年)。

「Patientenautonomie und Lebensschutz. Zur Diskussion um eine gesetzliche Regelung der “Sterbehilfe”—患者の自律と生活保護。安楽死の法規制について」(著者、共同編集者、ゲッティンゲン、2005年)。

「Selbstbestimmung am Lebensende —終末期の自己決定」(著者、共同編集者、ゲッティンゲン、2005年)。

「Familienrechtlicher Status und Solidarität—家族法の状況及び連帯責任」(2008年)。

「Handbuch der Vorsorgefügungen: Vorsorgevollmacht, Patientenverfügung, Betreuungsverfügung —事前指示のハンドブック：任意後見、健康管理の事前指示、法定後見の事前指示」(2009年)。

# 任意後見制度の存立意義・再考

中央大学法学部  
新井 誠

## はじめに

### I 比較法上の位置づけ

- (1) 欧州評議会の勧告
- (2) わが国任意後見制度のしくみ

### II 根本的な懐疑の提示

- (1) 制定時
- (2) 青井説
- (3) 上山説

### III 私 見

- (1) 私見の骨子
  - (a) 民法 111 条と任意代理権の消長
  - (b) 意思凍結機能
- (2) 私見の骨子をめぐるとの見解
  - (a) 民法 111 条と任意代理権の消長
  - (b) 意思凍結機能
- (3) 小 括

### IV 今後の展望

- (1) 公証実務からの問題提起
  - (a) 選任（人選）
  - (b) 親族間に内紛のある場合と任意後見契約の実効性
  - (c) 権 限
  - (d) 家庭裁判所における能力判定の信頼性
- (2) 分 析

- (3) 今後の対応
  - (a) 任意後見と補助における意思能力の差別化
    - ① 任意後見契約の形態
    - ② 任意後見における意思能力のレベル
  - (b) 任意後見の質的充実
    - ① 身上配慮義務
    - ② 医療行為の同意権
    - ③ 取消権
    - ④ 信託との併用
  
- (4) あるべき任意後見の模索

# 弁護士から見た任意後見制度の現状と提言

弁護士 布施 憲子

任意後見人や任意後見監督人を受任している一弁護士としての考察。

## 1 任意後見制度の本来の姿

「判断能力がある間に自分で任意後見人を決めて、判断能力の低下後の財産管理や療養看護等に関する事務を委任しておく制度」—自分の手で老後に備えておこう—

本人の自己決定権尊重の観点から、原則として任意後見は法定後見に優先する

(任意後見優先の原則)

委任者 — 任意後見契約 — 受任者

## 2 現状（運用実態）

- ①任意後見契約の締結数が少ない
- ②任意後見契約のうち、発効した（＝任意後見監督人が選任された）数も少ない
- ③本来の姿からの乖離 —本人のために使われているか—
  - i) 委任事項：代理権目録が包括的すぎる
  - ii) 任意後見受任者の適格性  
自分の手で老後に備える（＝紛争を回避する）はずが、相続争いの前哨戦に。  
受任者の先導による受動的な契約
  - iii) 委任者本人の判断力 〈濫用〉  
即効型の問題、法定後見申立のため登記事項証明書を取寄せたら直近に任意後見の登記がなされていた—任意後見と法定後見の争い—
- ④発効が必要な状況に至っても、監督人選任申立がなされない

### 3 改善点—どうしたら良いものにしていけるか—

日本人の気質：選択・意思決定が気質に合うのか。

ex. お任せコース、見繕う

加齢により、多かれ少なかれ決断能力が低下し、周囲の者の影響を受けやすくなったり、認知症罹患を認められなくなっていることも多い。

#### ⇒適格な受任者の確保、しっかりした監督制度

想定される利用者—近い親族がない、親族がいるが頼りたくない・頼れない—

#### ①法定後見を利用しやすくする

・法定後見の申立人の範囲の拡張 ex.

ex. 4親等の親族—本人も90代ならいとも90代

#### ②任意後見制度について

・受任者：後見人の受け皿・人材の確保—本人も高齢なら友人・知人も高齢

・委任者本人：〈濫用の防止〉

公証人による契約締結時の判断力の見極め—判断能力の判定の難しさ

a. 判断力に疑念があれば法定後見を利用してもらう

→ 法定後見を利用しやすく

b. 判断力に多少疑念があっても任意後見契約を作成する

→任意後見優先の原則の例外を広く認める

・発効（＝監督人選任）の遅れ

受任者として登記にも記載—発効したような気分になる

名称の変更 予約

移行型任意後見契約の発効の遅れ：先行する財産管理契約があり、そもそも代理権があるので任意後見監督人の監督が煩わしい。

監督人報酬も本人の負担。

任意後見監督人選任申立権者の範囲の拡張。

#### ⇒任意後見優先の原則の修正—本人のためとくに必要がある—

・監督が後手に回っていないか。

# 司法書士から見た 任意後見制度の現状と 改善提言

日本成年後見法学会常任理事  
司法書士 高橋 弘  
(けやき野司法書士法人)

## はじめに

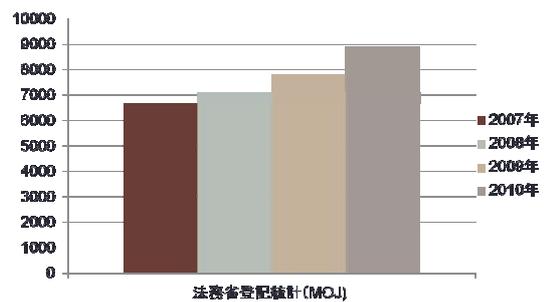
- (1) 司法書士への需要
- (2) アクセス状況
- (3) 移行型、即効型への需要  
と運用上の問題点
- (4) 今後の課題

## (1) 司法書士への需要

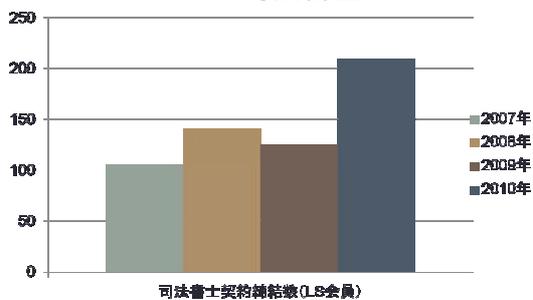


〈法定後見との比較〉

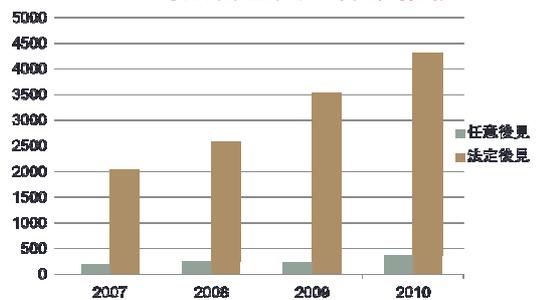
## 任意後見契約件数 (司法書士以外を含む全体数<法務省>)



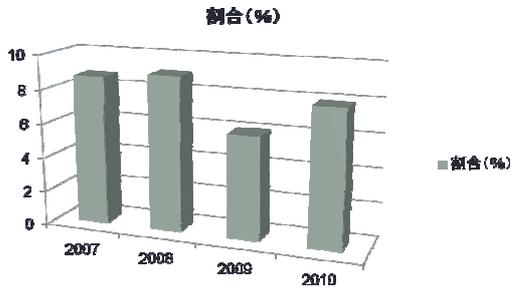
## 任意後見契約件数推移 (LS司法書士)



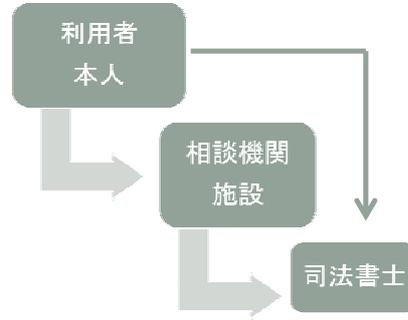
## 任意後見／法定後見 LS司法書士受任件数推移



### LS司法書士受任総数に占める任意後見の割合



### (2) アクセス状況



### (3) 移行型・即効型への需要と運用上の問題点

#### ① 移行型

勤めない限り需要は少ない

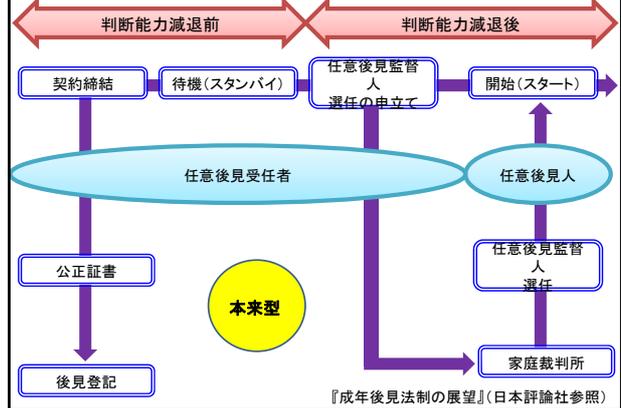
#### ② 即効型

補助との限界事例で意外と多い

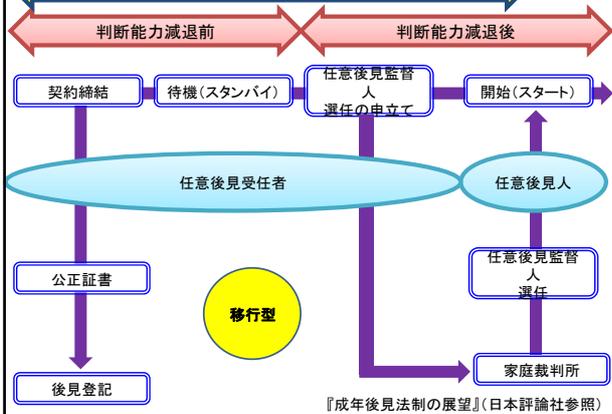
#### \* 新井説

任意後見と補助で意思能力は異なる  
移行型 → 好ましくない / 即効型 → 禁止

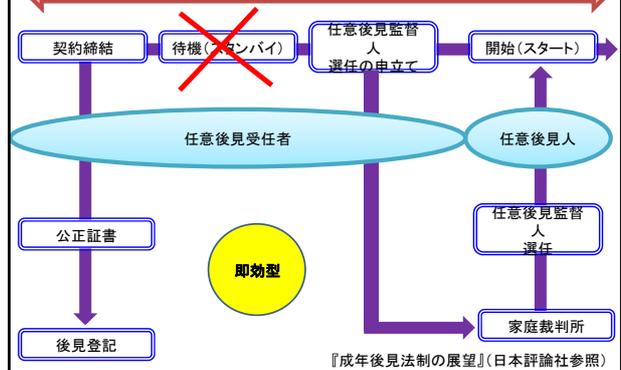
### 任意後見の概要



### 任意代理(併用)



### 判断能力減退後



## (4) 今後の課題

- ① 費用
- ② 監督
- ③ 担い手
- ④ 士業法との抵触

### ① 費用

いざという将来

- ☞ 支払いに十分な資力が残っているだろうか。不安？

<私案>

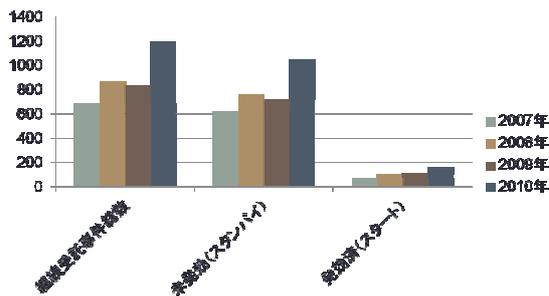
任意後見 → 発効数は意外と少ない？



保険になじむ？

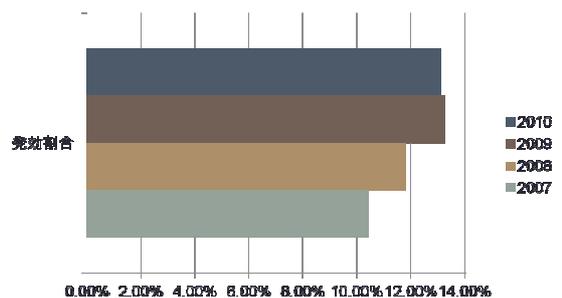
今後の課題(その1)

### 任意後見発効状況 (LS司法書士継続受託件数推移)



### 任意後見発効割合

(LS司法書士継続受託件数に占める発効済件数の割合)



### ② 監督

- 監督人選任までの所要時間
- 監督機関

☞ 公的な監督機関の創設  
cf 英国 Public Guardian

今後の課題(その2)

### ③ 担い手

- 専門職
  - 一般人
    - ・親族
    - ・市民
- ☞ 個人  
法人(分業/永続性)

今後の課題(その3)

#### ④ 士業法との抵触

- 各士業法
- 弁護士法
  - ☞ 基準作り

今後の課題(その4)

#### 士業法への競合と事務遂行基準

- 紛争性の有無の観点からのアプローチ  
(最高裁平成22年7月20日判決)
- 違法性阻却事由の観点からのアプローチ  
(北野俊光『成年後見制度をめぐる諸問題』316頁以下)
- 日常生活の範囲に限定する観点からのアプローチ  
(cf 民法13条1項1号～9号)
- 一定額以下の範囲に限定する観点からのアプローチ
- 対価性の意義の観点からのアプローチ  
(赤沼康弘、定額報酬の範囲ならオーケー)  
→ 無償独占を定める税理士法等との抵触の問題

ご清聴  
ありがとうございました。



本日の提言は、私見であり、  
司法書士会・リーガルサポートの公的見解を示したものではありません。

# 公証実務における任意後見制度の現状と課題

公証人 寺尾 洋

はじめに

## 第1 任意後見契約公正証書作成の実情

### 1 作成件数

- (1) 制度発足後の件数の推移
- (2) 法定後見等との比較  
施行後12年間の累計数による比較

### 2 任意後見契約における公証人へのアクセス

- (1) 本人、本人の親族、弁護士等の専門家による依頼
- (2) 遺言等とセットの場合
- (3) 代理人による嘱託について

### 3 後見人受任者と本人の関係

### 4 後見人受任者となる専門職、法人等の重要性

### 5 任意後見契約の態様と利用の実情

- (1) 即効型、将来型、移行型
- (2) 移行型が多い理由
  - ア 移行型の有用性、必要性
  - イ 公証人のスタンス

### 6 任意後見契約公正証書作成に要する費用

- (1) 即効型・将来型の場合
- (2) 移行型の場合

## 第2 任意後見契約と公証実務上の問題点

### 1 本人の意思確認——嘱託拒否の可否

- (1) 本人との直接面談  
法務省民事局通達(平成12年民一第634号)
- (2) 要求される能力の程度  
意思能力に関する公証人の一般的理解
- (3) 嘱託の拒絶  
公証人法26条 公証人法施行規則13条

### 2 移行型における受任者の権限濫用について

- (1) 本人の財産の私的流用等
- (2) 任意後見監督人選任申立の遅延
- (3) 権限濫用についての公証人会の取り組み  
平成20年3月「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)」
  - ① 本人の意思能力及び契約意思の確認の徹底
  - ② 財産管理契約における委任事項の限定
  - ③ 受任者の適格性判断
  - ④ 財産管理契約の開始時期の設定
  - ⑤ 任意後見監督人選任申立義務の明示
  - ⑥ 本人の意思能力を代理権消滅事由とする条項
  - ⑦ 監督者の設置

## 第3 今後の課題

### 1 移行型任意後見契約の実務運用における改善策

- (1) 運用改善の必要性
- (2) 移行型に対する国民のニーズ
- (3) 今後定着させるべき改善策
  - ① 適切な委任事項の選択
  - ② 見守り条項と後見監督人選任の申立義務の明示
  - ③ 本人の意思能力喪失と代理権消滅事由

### 2 公証人と任意後見の関係諸団体、専門職等との連携・交流

# イギリスの任意後見制度 (Lasting Powers of Attorney , LPA)

イギリス・ロンドン保護裁判所首席判事  
デンゼル・ラッシュ

## 1 LPA の基本構造

- (1) 理 念
- (2) 法的枠組
- (3) 範 囲
- (4) 裁判所選任の代理人 (deputy) と L P A との区別
  - (a) 担 保
  - (b) O P C (公的後見人事務所) による監督
  - (c) 保護裁判所監察官
  - (d) 年次会計報告
  - (e) 代理人に関する苦情調査

## 2 L P A 導入の根拠

## 3 社会における機能と利用率

	2009/10	2010/11	2011/12
EPA s	20,000	19,000	18,000
LPA s	107,000	170,000	200,000
	127,000	190,000 (原稿ママ)	218,000

## 4 濫用防止策

- (1) 書 式
- (2) 設定時の意思能力の照明
- (3) 登 録
- (4) 通 知
- (5) 行動指針
- (6) O P C (公的後見人事務所) の監督
- (7) 保護裁判書の撤回権

## 5 注目すべき判例

- (1) *Re K, Re F* [1988] 2 FLR 15
- (2) *Re W* [2000] 1 All ER 175
- (3) *Re Harcourt: The Public Guardian v A* [2013] COPLR 69
- (4) *Re Buckley: The Public Guardian v C* [2013] COPLR forthcoming
- (5) *Re GM: MJ and JM v The Public Guardian v C* [2013] COPLR forthcoming

## 6 将来の改革

- (1) 国連の障害者権利条約の影響
- (2) デジタル化

# 自分のことは自分で決める：法定後見制度と対比した任意後見制度 (Vorsorgevollmacht)

ドイツ ゲッチゲン ゲオルギア・アウグスタ大学ゲッチンゲン  
教授 フォルカー・リップ

## 1 はじめに

## 2 ドイツの任意後見制度の基本構造

- (1) 理念
- (2) 法的枠組み
  - (a) 自律（自己決定）の原則
  - (b) 原因行為と代理権授与行為
  - (c) ドイツの法的サービス提供法
  - (d) 選択的登録
- (3) 任意後見制度の範囲
  - (a) 財産および財産的事柄
  - (b) 訴訟手続
  - (c) ヘルス・ケアおよび自由の剥奪
- (4) 任意代理人の義務と責任
- (5) コントロールと救済

## 3 法定後見制度と任意後見制度との相違点と共通点

## 4 任意後見制度導入の根拠とその利用

## 5 社会における機能と利用率

## 6 注目すべき判例

- (1) 任意後見人と監督世話人  
連邦通常裁判所判決 30.03.2011 (X II AB 537/10)
  
- (2) 代理権の条件付授与  
ベルリン上級地方裁判所判決 24.11.2009 (1 W 49/09)
  
- (3) 任意後見と自己決定  
連邦憲法裁判所の3つの判決

## 7 将来の改革