

任意後見制度の見直しについて

第 1 任意後見制度の概要等

1 制度の概要

任意後見制度は、任意代理権を付与する法律行為である委任契約の一類型としての任意後見契約を基礎とし、任意後見人となる者やその権限について、当事者間で決定することを可能とする一方、家庭裁判所により任意後見監督人が選任された時から契約の効力を生ずるものとするなどにより、自己決定や私的自治を尊重しつつ、本人保護を図ろうとする制度である。

2 任意後見制度創設の経緯

民法上、本人の意思能力の喪失が委任の終了事由（民法第 6 5 3 条）や代理権の消滅事由（民法第 1 1 1 条）とされていないため、一般的には、本人が意思能力を喪失しても任意代理人の代理権は消滅することなく存続するものと解されており、本人が意思能力を喪失した後もあらかじめ締結した委任契約に基づき、財産管理等の保護を受けることが可能であると解される場所である。しかし、実際には、判断能力の低下した本人が自ら任意代理人の活動を監督することは困難であるため、地方自治体等が実施する高齢者・知的障害者・精神障害者等のための財産管理サービス等においては、本人が意思能力を喪失した時点で契約を終了させる旨の約定がされることが多く、実務上不都合が生じているとの指摘があった。このため、関係各界から、本人の意思無能力状態においてもサービスを継続することを可能とするため、本人の判断能力低下後における任意代理人に対する公的な監督の枠組みを法制化する必要性が提唱された。

任意後見制度は、このような関係各界の要望等を踏まえた判断能力が不十分な本人保護の在り方として、私的自治の尊重の観点から、本人が自ら締結した任意代理の委任契約に対して本人保護のための必要最小限の公的な関与（家庭裁判所の選任する任意後見監督人の監督）を法制化することにより、自己決定の尊重の理念に即して、本人の意思が反映されたそれぞれの契約の趣旨に沿った本人保護の制度的な枠組みを構築しようとするものである（小林昭彦ら編「一問一答 新しい成年後見制度〔新版〕」165頁参照）。

第2 任意後見制度の課題

1 成年後見制度利用促進基本計画における指摘

成年後見制度利用促進基本計画（以下「基本計画」という。）においては、第一期基本計画から第二期基本計画を通じて、利用者の自発的意思の尊重の観点や、人生設計についての本人の意思の反映・尊重の観点から、任意後見制度の利用を促進すべきことが一貫して示されているが、任意後見監督人選任の審判がされ、現に任意後見契約が効力を生じている件数は、法定後見制度の利用状況に比して低調ともいえる（注1）。

また、第一期基本計画では、任意後見制度の課題として、移行型任意後見契約、すなわち、任意代理権を付与する委任契約であってその効力の発生について条件が付されていないもの（以下「任意代理契約」という。）と任意後見契約を同時に締結し、本人の判断能力低下前においては前者の任意代理契約に基づいて事務を処理し、判断能力低下後においては、後者の任意後見契約に移行した上、同契約に基づいて事務を処理するという任意後見制度の利用形態において、適切な時機に任意後見監督人の選任申立てがされていないという問題が指摘されていたところ（注2）、第二期基本計画においても、任意後見制度の利用を促進するためには、適切な時機に任意後見監督人の選任がされることなど、任意後見制度が適切かつ安心して利用されるための取組を進める必要があることが示されている。

（注1）「成年後見関係事件の概況—令和3年1月～12月」（最高裁判所事務総局家庭局）によれば、任意後見監督人選任の審判の申立件数は、平成29年は804件、平成30年は764件、平成31年／令和元年は748件、令和2年は738件、令和3年は784件である。また、任意後見監督人選任の審判がされ、現に任意後見契約が効力を生じている本人の数は、平成29年末時点で2516人、平成30年末時点で2611人、令和元年末時点で2652人、令和2年末時点で2655人、令和3年末時点で2663人である。

（注2）第一期基本計画では「地域連携ネットワークでのチームによる見守りにおいては、移行型任意後見契約が締結されているケースのうち、本人の判断能力が十分でなくなり、さらにはそれを欠く等の状況に至っても任意後見監督人選任の申立てがなされず、本人の権利擁護が適切に行われない状態

が継続しているようなケースがないか等にも留意し、チームにおける支援の中でそうしたケースを発見した場合には、速やかに本人の権利擁護につなげる」との記載が盛り込まれている。

なお、このような第一期基本計画における指摘や成年後見制度利用促進専門家会議での意見を踏まえて実施された法務省の調査（成年後見制度利用促進専門家会議第4回中間検証ワーキング・グループ資料4「法務省における制度の周知，不正防止の取組の現状等」）によれば、平成30年の1年間における任意後見契約の登記件数は1万2599件であり、令和元年7月29日時点までの任意後見契約の登記件数は12万962件であった。

2 専門職団体等による指摘

任意後見制度に対しては、その利用の促進に向けて、専門職団体等からも制度見直しの検討につながる様々な意見が示されている。

まず、移行型任意後見契約において適切な時機に任意後見監督人の選任申立てがされていないという問題に関しては、本人の判断能力が不十分になったときは、任意後見受任者において、家庭裁判所に対し、任意後見監督人の選任申立てを行わなければならない旨の規律を明文で規定すべきとの指摘（注1、2、3）、本人の判断能力喪失を任意代理契約の代理権消滅事由とする規定を創設すべきとの指摘（注4、5）及び任意後見受任者だけに任意後見監督人選任の申立ての判断を委ねるのではなく、第三者関与（見守りや申立の促し等）の仕組みを構築すべきとの指摘などがされている（注6、7）。

また、任意後見制度自体が有する問題点の指摘としては、任意後見人の代理権の範囲を拡張する必要性が生じた場合、新規又は追加で任意後見契約の公正証書を作成することが必要となるが（注8）、判断能力が減退し、任意後見監督人が選任された後は、このような手続をすることは困難であり、制度として硬直的であるとの指摘（注9）や、現行法は、任意後見を法定後見に優先させているものの、本人について同意権・取消権による保護が必要な場合には法定後見への移行を予定しており（注10）、任意後見制度を活用できる局面が限定的なものとなっているとの指摘（注11）などがされている。

（注1）日本弁護士連合会「任意後見制度に関する改善提言」（平成21年7月）5ページ。

（注2）日本司法書士会連合会・公益社団法人成年後見センター・リーガルサポ

ート「任意後見制度の改善提言と司法書士の任意後見執務に対する提案」
(平成19年2月)5ページ。

(注3) 日本司法書士会連合会・公益社団法人成年後見センター・リーガルサポート「任意後見制度の利用促進に向けての提言」(令和2年6月11日)3ページ。

(注4) 前掲注2の6ページ。

(注5) 同様の問題意識を示すものとして、日本成年後見法学会制度改正研究委員会「任意後見制度の改善・改正の提言」(平成24年7月)。同提言では、「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」が提案されている。

(注6) 日本弁護士連合会「任意後見制度の利用促進に向けた運用の改善及び法改正の提言」(令和2年11月)8ページ。

(注7) 前掲注3の2ページ。

(注8) 法務省民事局長通達(「民法の一部を改正する法律等の施行に伴う公正事務の取扱いについて」平成12年3月13日付け法務省民一第634号)によれば、「代理権を行うべき事務の範囲を拡張する場合は、既存の任意後見契約を解除して、新たに拡張した代理権を含めた任意後見契約を締結し、又は既存の任意後見契約を維持して、拡張した代理権のみを付与する任意後見契約の公正証書を作成すること」とされ、「代理権を行うべき事務の範囲を縮減する場合は、任意後見契約の一部解除が許されないので、既存の任意後見契約を全部解除した上で、新規の任意後見契約の公正証書を作成すること」とされている。

(注9) 前掲注3の6ページ。

(注10) 立案担当者は、任意後見契約に関する法律第10条第1項の「本人の利益のため特に必要があると認めるとき」の例として、「本人について同意権・取消権による保護が必要な場合」を挙げている(小林明彦=原司『平成11年民法一部改正法等の解説』(法曹会、2002年)287ページ)。

(注11) 前掲注1の8ページ。

3 任意後見制度の利用状況に関する意識調査

成年後見制度利用促進基本計画に係る中間検証報告書(令和2年3月)では、前記第2の1(注2)の法務省による調査の結果を分析し、必要に応じて更なる調査を実施すべきことが示され(注1)、専門職団体からも、任意後見制度の利用実態について、更なる調査の必要性

が指摘されていたところ（注2）、令和3年12月、法務省により、任意後見制度の利用状況に関する意識調査（以下「令和3年度法務省調査」という。）が実施され、その調査結果が令和4年5月に公表された。

この調査は、任意後見監督人が選任されていない任意後見契約のうち、締結から10年以上が経過している契約の当事者である本人及び任意後見受任者を対象に行った調査（調査票の回収数は1万1079人）であり、任意後見契約を締結した理由、任意後見受任者による本人の状態確認の頻度、任意後見監督人の選任申立てをしていない理由などについて、当事者の意識を調査する内容となっている（注3）。

まず、任意後見契約を締結した理由（回答者は本人2191人のみ）については、「判断能力が低下した場合に自分の安全を守ってくれる公的な仕組みが備わった契約だから」との回答が最も多く（1323人、60.4%）、公的機関による監督の存在が制度利用の大きな誘因となっているものと考えられる。次いで、「任意後見人を誰にするか自分で選ぶことができるから」（795人、36.3%）、「任意後見人に代理させる事柄等を自分で決めることができるから」（393人、17.9%）との回答が多くなっており、自己決定を尊重する任意後見制度の仕組みにメリットを感じた利用者が多いものと考えられる。

次に、任意後見監督人の選任の申立てをしていない理由（回答者は本人1730人、受任者7564人、いずれか不明35人）については、「御本人の判断能力に問題がなく、必要がないから」（6051人、64.9%。内訳は、本人1277人、受任者4754人、いずれか不明20人）、との回答が最も多かったものの、次いで多かった回答が「任意代理契約のままで支障を感じていないから」（1564人、16.8%。内訳は、本人281人、受任者1280人、いずれか不明3人）となっており、任意代理契約の存在が適切な時機に任意後見監督人の選任の申立てがされない要因になっているものと考えられる。また、「任意後見監督人に誰になるのか分からないから」（364人、3.9%。内訳は、本人90人、受任者272人、いずれか不明2人）、「任意後見監督人に報酬が支払われることに抵抗があるから」（466人、5.0%。内訳は、本人98人、受任者366人、いずれか不明2人）、「任意後見監督人や家庭裁判所による監督を受けることに抵抗があるから」（466人、5.0%。内訳は、本人89人、受任者377人）といった監督制度への抵抗感等を理由に挙げる回答も多く、

これらの点も適切に任意後見監督人の選任の申立てがされない要因となっているものと考えられる。

また、任意後見制度について、不便や不都合を感じた点、制度を改正すべきだと感じた点に関する質問に対する回答（回答者は本人2191人、受任者8780人、いずれか不明108人）においても、「一定の公的機関等への簡便な定期報告により監督を受けるものとするなど、監督の負担を軽減する仕組みにすべきと感じる」（2545人。23.0%。内訳は、本人431人、受任者2107人、いずれか不明7人）、「任意後見監督人や家庭裁判所による監督が負担に感じる」（2142人。19.3%。内訳は、本人376人、受任者1760人、いずれか不明6人）、「任意後見監督人に報酬が支払われることが負担に感じる」（1685人。15.2%。内訳は、本人332人、受任者1349人、いずれか不明4人）といった監督制度に対する負担感を指摘する回答が多くなっている。なお、監督制度に対する負担感のほかには、「公正証書を作成するために公証役場に行くのが負担に感じる」（1963人。17.7%。内訳は、本人499人、受任者1458人、いずれか不明6人）という回答も多かった。

（注1）成年後見制度利用促進基本計画に係る中間検証報告書（17ページ）

「利用者の自発的意思を尊重する観点から、任意後見制度が適切かつ安心して利用されるための取組を進めることが必要である。特に、移行型任意後見契約については、適切な時機に後見監督人選任申立てがされておらず、そのため一部に濫用事例が見られるとの指摘がある。

このため、任意後見制度の利用状況に関する調査結果を分析し、必要に応じて更なる調査を実施するとともに、任意後見制度の趣旨に沿った適切な運用を確保するための方策について検討を進めるべきである。」

（注2）前掲日本弁護士連合会「任意後見制度の利用促進に向けた運用の改善及び法改正の提言」（令和2年11月）3ページ。

（注3）この調査は、令和3年度及び令和4年度の2か年で実施するもので、令和4年度は、契約締結から約3年半～10年を経過した当事者を対象に実施する予定とされている。

第3 任意後見制度の利用促進に向けた見直しについて

- 1 適切な任意後見監督人の選任申立てを確保するための方策
 - (1) 任意後見監督人選任の申立義務の明文化

ア 検討の必要性

任意後見契約に関する法律（以下「任意後見契約法」という。）第4条第1項は、「精神上の障害により本人の事理を弁識する能力が不十分な状況にあるとき」に、家庭裁判所が、申立権者からの請求により任意後見監督人を選任する旨規定するにとどまり、本人の判断能力が不十分になった場合において、任意後見受任者を始めとする申立権者に対し、任意後見監督人の選任申立てをする義務を課すといった趣旨の規定は、設けられていない。

もっとも、任意後見契約を締結した当事者の通常の意味としては、本人の判断能力が不十分になった場合には、任意後見契約へ移行することが意図されているものと解するのが合理的であることや判断能力が不十分な本人を保護するという任意後見制度の趣旨などを踏まえると、一般的に、本人の判断能力が不十分な状況になった場合には、任意後見受任者において、家庭裁判所に対して任意後見監督人の選任申立てをすべき義務を負うとの考え方には、十分な理由があるものといえる（注1）。

この点に関連して、令和3年度法務省調査によれば、任意後見受任者を対象に、本人の判断能力が低下した場合には、任意後見受任者は速やかに任意後見監督人の選任申立てをすることが求められることを知っているかを問う設問（回答者は受任者8780人のみ）において、「知らない」との回答が2割を超えており、任意後見監督人の選任の申立てをしていない理由を尋ねる質問においても、「選任の申立てが必要なことを知らなかったから」（537人。5.8%。内訳は、本人104人、受任者432人、いずれか不明1人）との回答が一定数存在するところ、任意後見監督人の選任申立てに係る任意後見受任者の義務を明文化することの是非を検討するに当たっては、このような調査結果も念頭に置いておく必要がある。

なお、後記2(1)のとおり、任意後見制度の見直しにおいては、任意後見監督人の選任を必須とはしないこととするとの方策も検討対象となるところ、そのような方策を採用する場合には、任意後見受任者の義務は、任意後見監督人の選任申立てではなく、任意後見契約を発効するための手続の申立てについて論じられることになると考えられる。もっとも、以下においては、議論を円滑にする観点から、任意後見契約を発効させるためには任意後見監

督人を選任する必要があるとの現行法の枠組みを前提に検討することとする。

イ 考えられる方策

前記アを踏まえると、本人の判断能力が不十分となった場合に任意後見受任者が任意後見監督人の選任申立てをする義務を負う旨を明文で規定し、かかる義務の存在を制度の利用者に明確に示すことで、適切な申立てを促すことが考えられる（注2）。

その上で、現行法上、本人以外の者の請求により任意後見監督人を選任するには、本人が意思表示をすることができない場合を除き、あらかじめ本人の同意がなければならぬとされていること（任意後見契約法第4条第3項）を踏まえると、任意後見監督人の選任申立てをするか否かについては、原則として本人の意思が尊重されることとなっているといえるところ、このような観点からは、任意後見受任者に対して任意後見監督人の選任申立てをする義務を課すのは、本人が意思表示をすることができない場合に限るものとすれば必要十分であるとも考えられるが、どのように考えるか。

また、任意後見監督人の選任申立てをする義務については、それを適切に履行するための付随的な義務として、任意後見受任者において、本人の状態を適時適切に確認し把握するといった義務を観念することができるところ、任意後見監督人の選任申立てをする義務を明文で定める場合には、上記のような付随的な義務についても併せて明文化することが、適切な申立てを促すとの観点からは有益であるとも考えられる。他方で、このような付随的な義務についてまで明文で定めることとした場合には、規定の表現ぶり等にもよるものの、任意後見受任者が負う義務の範囲や内容が必ずしも明確ではなくなるおそれも否定できず、義務違反による責任追及を避けるために任意後見契約の締結自体がちゅうちょされることとなるといった弊害を生じかねないとも考えられる。

以上を踏まえて、これらの点について、どのように考えるか（注3）。

(2) 任意代理契約に基づく代理権に関する規律

ア 検討の必要性

移行型任意後見契約において、適切な時機に任意後見監督人の選任申立てがされないとの問題については、本人の判断能力が減

退した後も、任意代理契約に基づいて財産管理を継続できることがその要因となっているとの指摘がされている。この点、前記第2の3のとおり、令和3年度法務省調査においても、任意後見監督人の選任の申立てをしていない理由として、「任意代理契約のままで支障を感じていないから」との回答が相当数（1564人。16.8%。内訳は、本人281人、受任者1280人、いずれか不明3人）存在したところである。

このような現状を踏まえると、適切な時機に任意後見監督人の選任の申立てが行われることを確保する観点から、任意後見契約と同時に締結される任意代理契約又は同契約に基づく代理権に関し、何らかの制限をかけることの当否等について検討する必要があるものと考えられる。

イ 考えられる方策

(ア) 本人が判断能力を欠く常況になったことを任意代理契約の終了事由とすること

そこで検討すると、一般的には、任意後見契約が締結されている場合、本人としては、少なくとも判断能力を欠く常況となった後は、任意代理契約ではなく、任意後見契約に基づき、公的な監督の下に財産管理を行ってもらうとの趣旨で任意後見契約を締結し、任意後見受任者においても、そのような趣旨を前提に契約を締結しているものと考えるのが合理的である。このような考え方を踏まえた方策として、任意後見契約が締結されている場合において、本人の判断能力を欠く常況となったときは、任意代理契約は終了する旨の規定を任意後見契約法に設けることにより、適切な時機に任意後見監督人の選任の申立てが行われることを確保することが考えられる。

他方で、移行型任意後見契約を締結する本人が常に上記のような趣旨で契約を締結しているとまではいえないこと（例えば、死後事務の委任など、生前における財産的な法律行為以外の委任事項を含む任意代理契約を締結しているような事案については、判断能力を欠く常況となった後においても当該契約に基づく代理が継続することが予定されているものと解するのが相当な場合があると考えられる。）、また、本人が判断能力を欠く常況となったか否かは、外部から明確に把握することが困難な事情であり、そのような事情を任意代理契約の終了事由とするこ

とには、取引の安全を害する危険が伴うとも考えられること、さらに、任意代理契約の終了が、当然には任意後見監督人の選任の申立てにつながるものではないことからすると、任意代理契約の終了により、単に本人を代理する者が存在しない状態となり、任意後見契約の趣旨は実現されないままとなる事案が生じることも想定されることなどに照らすと、本人が判断能力を欠く常況になったことを任意代理契約の終了事由とすることについては、幅広い観点からの十分な検討が必要というべきである。

これに加えて、判断能力を欠く常況となった後に、その原因が治癒されるなどして判断能力が回復した場合において、終了した任意代理契約の効力をどのように考えるかなども、併せて検討する必要があると考えられる（注4）。

また、本人が判断能力を欠く常況になったことを任意代理契約の終了事由とする場合において、その趣旨が容易に潜脱されることを防ぐためには、任意後見契約と同時ではなくその前後のタイミングで締結された任意代理契約についても、上記終了事由の規律を及ぼすべきと考えられるが、そのような制度設計は、とりわけ任意後見契約より前に締結されていた任意代理契約について、その締結当時において当事者が想定することができなかった事由による契約の終了を強制することともなり得るものであるから、そのような規律を設けることの是非については、社会的に重大な影響が生じ得ることをも踏まえた、十分な検討が必要であると考えられる。

(イ) 任意代理契約の代理権の範囲を制限する規律を設けること

一般に、任意代理契約に基づき付与される代理権が広範であればあるほど、本人の判断能力が喪失した後においても、任意代理契約のままで十分であるとの考えに傾きやすく、適切な任意後見監督人の選任申立てが妨げられることにつながることも考えられる。そこで、任意後見契約が締結されている場合においては、任意代理契約の代理権の範囲について、法律上の制限を課すといった規律を設けることも考えられるところである。

他方で、適切な時機に任意後見契約が発効しないという問題の本質に立ち返れば、適切な時機の発効を促すための対策こそ検討すべきであって、任意代理契約の代理権の範囲を制限する

といった間接的な方策に十分な合理性は見いだし難いとも思われる。また、任意後見契約と同時ではなくその前後のタイミングで締結された任意代理契約についても、代理権の範囲について制限を設けるべきかについては、そのような規律の及ぼす影響も念頭に、十分な検討が必要であると考えられる。

以上を踏まえて、これらの点についてどのように考えるか。

(3) 任意後見契約の発効に関する第三者の関与

ア 検討の必要性

現行法上、任意後見監督人の選任の申立権は、任意後見受任者のほか、本人、配偶者、四親等内の親族にも認められているものの（任意後見契約法第4条第1項）、そもそも任意後見受任者以外の者は、任意後見契約締結の事実すら把握していない場合も多いと考えられることや、本人の判断能力が低下した場合には、本人自ら任意後見監督人選任の申立てを行うことは困難な場合も多いと考えられることからすると、本人の判断能力の低下した場合における、任意後見監督人の選任申立ての要否に関する判断については、専ら任意後見受任者に委ねられている場合が多いとも考えられる。

そのような状況において、前記第2の3のとおり、令和3年度法務省調査において、任意後見制度における監督についての意識等を問う複数の設問で、任意後見監督人による監督に抵抗感や負担感がある旨の回答が相当数あったことを踏まえると、任意後見受任者は、本人の判断能力が不十分であることを把握しているにもかかわらず、任意後見監督人による監督への負担感等を理由に、適切な時機に任意後見監督人の選任の申立てを行っていない事例があるとも考えられる。

そのため、任意後見監督人の選任申立ての要否に関する判断において、第三者を関与させることが考えられる。

イ 考えられる方策

(ア) 本人の意思に基づく任意後見監督人の選任申立権者の拡大

そこで、本人の意思に基づき、適切な時機に任意後見監督人選任の申立てをすることが期待できる第三者に対し、同申立権を付与できるようにすることが考えられる。

そのような第三者に該当し得る者としては、本人の状況や意思等を適切に把握することができる立場にある者（例えば、本

人と同居をしている者や、知人・友人といった本人と親しい関係にある者)のほか、本人や任意後見受任者に対する支援・監督を行っている法人等を想定することができる。その具体的な活用の在り方としては、移行型任意後見契約において、監督の機能を持った第三者を含む三者契約を締結した上、当該第三者に任意後見監督人の選任申立権を付与するといった方法が考えられる(注5)。なお、第三者に対して任意後見監督人の選任申立権を付与した場合には、その旨の登記を要するものとすることにより、制度の円滑な運用を確保することも考えられる。

もっとも、本人の判断能力が不十分となり任意後見監督人の選任申立てをすべき状況にあるにもかかわらず、その申立てを懈怠している任意後見受任者は、そもそも任意後見人としての適格性に欠けるともいい得るところ、このような場合には、敢えて任意後見契約の効力を生じさせることは相当ではなく、法定後見制度を利用すべきとも考えられるが、どのように考えるか。

(イ) 公的な機関への任意後見監督人の選任申立権の付与

任意後見制度は、本人の自己決定や私的自治を尊重しつつ、家庭裁判所によって選任される任意後見監督人による監督によって、本人保護を図ろうとする制度であるが、前記アのとおり、適切な時機に任意後見監督人の選任の申立てがされない場合には、本人の権利・利益が侵害されるおそれがあるため(任意後見契約の登記がある場合には、本人の利益のために特に必要であると認めるときに限って、法定後見が開始することとされている。任意後見契約に関する法律第10条第1項)、任意後見契約の発効の契機については、私的自治を補完する観点から、公的な機関に対し、本人の意思を前提とせずに任意後見監督人の選任申立権を付与することが考えられる。すなわち、公的な機関が、任意後見受任者による報告等によって、本人の状況等を把握し、一定の場合には、当該機関が自ら任意後見監督人の選任申立てを行うことが考えられる。

もっとも、前記のとおり、本人の判断能力が不十分となり申立てをすべきであるにもかかわらず申立てをしない任意後見受任者は、そもそも任意後見人としての適格性を欠くとも考えら

れるので、そのような者を公的な関与により強制的に任意後見人とすることは相当ではないとも考えられる。そうすると、公的な機関に対しては、任意後見受任者に対して申立てを促したり、任意後見受任者等の相談に応じたりするといった見守りを行う権限を付与するにとどめ、任意後見監督人の選任申立権までは付与しないものとするとも考えられる。

公的な機関としてどのようなものが想定されるかについては、いかなる制度設計にするかにもよるものの、ここで問題となる判断能力は、法律行為の結果による利害得失を認識して経済合理性に則った意思決定をする能力としての事理弁識能力を指すものと解され、そのような能力の低下に係る評価・判断については、本人の具体的状況を踏まえた医学的・福祉的な観点からの評価・判断が重要な要素となると考えられることからすると、任意後見監督人の選任申立権を付与する公的な機関の性質としても、医学的・福祉的な領域において一定の知見を有する機関であることが望ましいとも考えられるが、具体的にどのような機関が考えられるか。

(注1) 前掲日本弁護士連合会「任意後見制度に関する改善提言」(平成21年7月)6ページは「任意後見契約も委任契約の一種であることからすれば、任意後見受任者は、任意後見契約を締結した時点から、善管注意義務として、本人の状況を適宜把握し、適切に任意後見監督人の選任請求をするべき義務を負っているとも解されるが、そのことは明文で定められていない。」としている。

(注2) 本人の判断能力が不十分となった場合に任意後見受任者が任意後見監督人の選任申立てをする義務を負う旨の規律を設ける場合においては、その規律を強行法規と捉えるか、すなわち、その規定に反する当事者の合意についてどのように取り扱うかについても検討する必要があると考えられる。このような規律を設ける根拠によると思われるが、仮に当事者の通常の意味を主な根拠とすると、任意後見契約締結時において、別段の意思が表示されたときは、任意後見受任者は選任申立てをする義務を負わないとすることを許容するとも考えられる。他方で、このような規律は、判断能力が不十分な本人を保護するという任意後見制度の趣旨や性質から導かれると考えられるのであれば、それに反する当事者の意思は無効になるとも考えられるが、この点について、どのように考えるか。

(注3) 令和3年度法務省調査によれば、任意後見契約締結後の任意後見受任者による本人の判断能力の確認頻度(回答者は受任者8780人のみ)は、「毎日～1か月に数度」が3969人(45.2%)、「1か月に1度」が1405人(16.0%)、「3～4か月に1度」が574人(6.5%)、「6～7か月に1度」が208人(2.4%)、「1年に1度」が1573人(17.9%)、「2～3年に1度」が27人(0.3%)、「ほとんど確認をしていない」が283人(3.2%)となっている。また、確認の方法(回答者は受任者8780人のみ)については、「受任者が訪問や電話などにより直接確認」が6770人(77.1%)、「ご本人の親族から聞き取り」が442人(5.0%)、「民生委員や自治会等の地域関係者から聞き取り」が1469人(16.7%)、「ケアマネージャーやホームヘルパー等の福祉関係者から聞き取り」が3440人(39.2%)、「医師の診断結果を確認」が2370人(27.0%)となっている。

(注4) 平成22年の成年後見制度研究会(財団法人民事法務協会主催)の検討においては、任意代理契約に委任者の事理弁識能力の喪失を代理権の消滅事由とする旨の条項を入れるべきとの意見について検討がされたものの、判断能力の喪失を消滅事由とすると取引の相手方から受任者に対して委任者が判断能力を喪失していないことの証明を求められ、移行型任意後見契約を締結した目的が達せられないことになるとの意見や、自らの手元にある預金通帳等を利用した不正行為の歯止めにはならないとの意見を踏まえ、今後慎重に検討する必要があるとするにとどめられた(「研究報告 成年後見制度の現状の分析と課題の検討－成年後見制度の更なる円滑な利用に向けて」39ページ)。

(注5) 前掲日本司法書士会連合会・公益社団法人成年後見センター・リーガルサポート「任意後見制度の利用促進に向けての提言」(令和2年6月11日)

「1. 任意後見契約の発効を適切に行うために

(2) 本人の意思の実現と財産管理の安全を図るため、監督の機能を持った第三者を含む三者契約、複数受任等を活用することにより任意後見監督人選任申立ての判断を複数当事者で行うことができる財産管理等委任契約を推奨する」

2 任意後見人に対する監督の在り方について

(1) 任意後見監督人の選任を必須とする点を見直すこと

ア 検討の必要性

現行法では、任意後見監督人の選任を任意後見契約の発効要件

としているところ（任意後見契約法第2条第1号）、前記第2の3のとおり、令和3年度法務省調査において、任意後見制度における監督についての意識等を問う複数の設問で、監督に抵抗感や負担感がある旨の回答が相当数あったことから、このような利用者の監督に対する抵抗感等が、適切に任意後見監督人の選任申立てがされない要因となっているとも考えられるところである。

これへの対応策としては、任意後見制度の利用に当たり、任意後見監督人による監督を必須のものとはしないような見直しをすることが考えられる。このような方策を採る場合には、現行法においては任意後見監督人の選任が任意後見契約の発効要件とされていることから、これに代わる任意後見契約の発効の契機として、任意後見契約開始の審判の制度を新たに設けることが考えられる。

イ 考えられる方策

(ア) 任意後見監督人を選任するか否かを本人が選択できる制度

まず、任意後見契約の締結時において、本人が、任意後見監督人を選任するか否かを選択できるとすることが考えられる。これは、本人の財産が多くない場合や、任意後見人に特定の法律行為に関する権限のみを付与し、包括的な財産管理権までは付与しない場合など、監督の必要性が必ずしも高いとまではいえないケースが存在すると想定されることを前提に、一律に任意後見監督人の選任を必須のものとするのではなく、任意後見監督人の選任の有無について、本人の意思を尊重することとするものである（注1、注2）。

しかし、この場合においても、任意後見人に対する監督を全く不要とすることは、成年後見制度における本人保護の理念に照らして相当ではないとも考えられる。

そこで、任意後見監督人による監督に代わる監督の仕組みを検討することが考えられるところ、法定後見制度と同様に、家庭裁判所が直接に任意後見人を監督するということも一応考えられる。もっとも、現行の任意後見制度の創設に当たって、法定後見とは異なり家庭裁判所に選任権のない任意後見人に対して、家庭裁判所が直接実効的な監督を行うことは困難であることなどを理由に、家庭裁判所が直接に任意後見人を監督することとはされなかったとの経緯が存在するところ、今日においても、そのような問題点を克服できる見通しが立つわけではない

(注3)。

また、任意後見制度は、判断能力が不十分な本人の保護の在り方として、私的自治の尊重の観点から、本人が自ら締結した任意代理の委任契約に対して本人保護のための必要最小限の公的な関与（家庭裁判所の選任する任意後見監督人の監督）を法制化したものであるとも言われており、家庭裁判所が直接に任意後見人を監督することは、公的な関与を拡大することになるとも考えられるため、任意後見制度の趣旨に照らして相当ではないとも考えられるところであり、このような制度とすることについては、相当慎重な検討を要するものと考えられる(注4)。

(イ) 第三者による監督がある場合などには、任意後見監督人の選任を不要とする制度

前述のとおり、当事者の意思を尊重して任意後見監督人の選任を不要とした場合においても、任意後見人に対する監督を全く不要とすることは、成年後見制度における本人保護の理念に照らして相当ではないとも考えられる。

そこで、任意後見監督人の選任を不要とすることができるのは、任意後見人に対して、第三者による監督が確保されている場合に限られるものとするのが考えられる。すなわち、本人は、任意後見契約締結時において、家庭裁判所の選任する任意後見監督人による監督か、自らの意思を踏まえて任に当たる第三者による監督かを選択できることとするものである。なお、監督の任に当たることについて第三者が事前に了承していたことを明確にする観点からは、この場合の任意後見契約を任意後見監督人となる者を含めた三面契約とすることも考えられる。

このような見直しは、任意後見人に対する監督に関し、監督の任に当たる者の人選のほか、監督の具体的内容についても、本人の意思が反映されることを可能とするものであり、現行制度と比較して、費用の面も含めて、予測可能性が高いものになるとも考えられる。

もっとも、本人の意思に基づき選ばれた第三者が、同じく本人の意思に基づき選ばれた任意後見人を監督する者として、必ずしも適任であるとは限らないことからすれば、本人保護の仕組みとしては、なお十分な検討を要するものと考えられる。この点、例えば、第三者について、監督の実効性・中立性を確保す

る観点から、一定の要件や条件を設けることも考えられるところである。その他、監督の任に当たる第三者が死亡した場合等にどのような対応をするかなどについても、検討を要するものと考えられる。

(ウ) その他

任意後見契約の効力発生のために任意後見監督人の選任が必要であるとの現行法の規律は維持した上で、任意後見契約の発効から数年間、任意後見人の事務に何ら問題がなく経過したなどの一定の要件が満たされる場合には、任意後見監督人の任を解き、その後の任意後見制度の利用に当たっては、任意後見監督人は不在でもよいものとするといった制度も考えられる。

(2) 任意後見監督人の人選やその報酬額について当事者の意思を尊重する方策

現行法上、任意後見監督人の選任における具体的な人選は、家庭裁判所の裁量に委ねられており、当事者が任意後見監督人を選択することはできない（任意後見契約法第4条）。しかし、令和3年度の法務省調査によれば、任意後見監督人の選任申立てに消極的な理由（回答者は本人636人、受任者2398人、いずれか不明14人）について、「任意後見監督人に誰になるのか分からないから」（545人、17.9%。内訳は、本人129人、受任者414人、いずれか不明2人）との回答が一定数存在しており、この点が任意後見人の選任申立てが適切に行われたい要因の一つであるとも考えられるところである。

そこで、任意後見監督人の人選や報酬額に関する予測可能性を確保し、監督が開始されることへの不安や抵抗感等を軽減・解消する観点から、家庭裁判所は、任意後見監督人やその報酬額について、当事者の意思を尊重しなければならないものとするのが考えられる。すなわち、任意後見契約の締結に際し、任意後見監督人を誰にするか、報酬をいくらにするかといった点について、当事者が合意した場合には、家庭裁判所は、当該合意とは異なる内容の判断をすることが本人の利益に資することが明らかであるなどの事情がない限り、当該合意を尊重し、これに沿った判断をしなければならないとするものである。

さらに、任意後見監督人の人選や報酬額に関する予測可能性を更に高めるとの観点からは、上記のような特段の事情の有無にかかわ

らず、任意後見監督人の人選及び報酬額について、家庭裁判所が当事者の合意に拘束されるものとするとも考えられる。

このような見直しは、前記(1)の任意後見監督人の選任を必須とする点を見直すことと矛盾するものではなく、いずれの見直しも並行的に実施することも考えられる。

もっとも、上記1イ(イ)において、本人の意思に基づき選ばれた第三者が任意後見人を監督するといった制度について既に検討したとおり、家庭裁判所が当事者の意思を尊重しなければならず、又はそれに拘束されるといった制度においては、適切かつ十分な監督が必ずしも担保されないといった問題が生じ得るところであり、自己決定や私的自治の尊重と、本人保護の要請との均衡をいかに図るかといった観点からの検討が不可欠であると考えられる。

以上を踏まえ、これらの点について、どのように考えるか。

(注1) 家庭裁判所によって選任される任意後見監督人による監督がされない場合には、通常の委任契約と実質的に変わらず、敢えて任意後見制度を利用するメリットに乏しいとも考えられる。他方で、任意後見制度を利用した場合には、公証人の関与する公正証書により契約が締結されることや、代理権の内容が登記により明らかとなること、家庭裁判所が本人の精神状態や意思等を踏まえた上で、任意後見契約を発効する手続がとられることなどから、通常の委任契約と比べて代理権に対する信頼の程度が高いと考えられ、家庭裁判所によって選任される任意後見監督人による監督がないとしても、任意後見制度を利用するメリットは十分にあるものとも考えられる。

(注2) 任意後見監督人の選任の有無等について、任意後見契約の締結時に本人が選択できるとするのであれば、任意後見契約締結時に、本人がその選択を伴うメリットやリスク等について十分に把握した上で判断を行うことができるようにする必要がある。このような観点からは、後記3(1)のとおり、現行法下において公証人により担われている本人の真意の確認がより重要性を増すとも考えられ、上記のような選択を可能とする制度については、このような観点からの検討も必要になると考えられる。

(注3) 本研究会の第1回会議の参考資料4「成年後見制度の改正に関する要綱試案及び補足説明」51ページでは、試案が家庭裁判所による監督を間接的なものとした理由について、「①法定後見とは異なり家庭裁判所に選任権のない任意後見人に対して、家庭裁判所が直接実効的な監督を行うことは実際には困難であり、その監督を実効性あるものとするためには、家庭裁判所の選任す

る任意後見監督人の監督の下に任意後見人を置くことが有効と考えられること、②家庭裁判所の監督権については、任意後見監督人の報告義務を前提とする任意後見人の解任権の行使により、監督の実効性を十分に確保することが可能であること、③家事事件全般の著しい増加・複雑化に加えて、社会の高齢化の進行及び成年後見制度の整備に伴い、法定後見制度自体について相当の事件数の増加が予想される中で、法定後見の審判及び監督の事務以外に、家庭裁判所に任意後見人に対する直接的な監督義務を課すことは、監督の実効性及び裁判所の人的・物的資源の観点から適当ではないこと等の点が挙げられる。」としている。

(注4) 任意後見監督人や第三者等の監督者もおらず、かつ、家庭裁判所による直接の監督もない場合における家庭裁判所の関与としては、申立てにより、特段の事情がある場合などに任意後見監督人の選任を行うことや任意後見人を解任すること(任意後見契約法第8条)が考えられる。具体的には、本人の親族から、任意後見人が横領をしている疑いがあるとして任意後見監督人選任の申立てがあり、家庭裁判所は、その疑いが具体的なものであると認める場合には、特段の事情があるものとして、任意後見監督人を選任することとして、任意後見監督人が本人の財産状況等の調査を行い、その結果、任意後見人による横領の事実が明らかとなった場合には、任意後見監督人の申立てにより、任意後見人を解任することが考えられる。

3 任意後見制度の利用促進に向けたその他の方策に関する検討

(1) 任意後見契約の要式の緩和

令和3年法務省調査によれば、任意後見制度について、不便や不都合を感じた点、制度を改正すべきだと感じた点に関する質問に対する回答において、「公正証書を作成するために公証役場に行くのが負担に感じる」(1963人。17.7%。内訳は、本人499人、受任者1458人、いずれか不明6人)という回答も多かったところであり、任意後見契約法第3条が「任意後見契約は、法務省令で定める様式の公正証書によってしなければならない」と定めて、任意後見契約を公正証書による要式行為としていることが、任意後見制度の利用を阻害する要因となっているとも考えられる(注1)。

しかし、任意後見契約は、自らの判断能力が不十分な状況における自己の生活、療養看護及び財産の管理に関する事務の全部又は一部の委託という重要な法律行為であることや、前記第2の1(注2)の法務省による調査の結果によれば、任意後見契約の締結時の本人

の平均年齢が約80歳となっていることなどを踏まえると、公正証書による要式行為とすることにより、本人の真意による有効な契約が締結されることを制度的に担保するとともに、紛争の予防の観点から、契約の有効性の確実な立証を可能にするという任意後見契約法第3条の趣旨は、任意後見制度を安定的に運用し、制度への信頼性を確保するために、極めて重要なものであると考えられる。また、今後、公正証書の作成に係る手続のデジタル化が進められることとなれば、要式行為であることによる負担が一定程度解消されるとも考えられる。さらに、本見直しでは、前記2のとおり、任意後見契約締結の際に、任意後見監督人の有無を本人が選択できる制度を導入することも検討しているが、そのような制度を導入するのであれば、任意後見契約締結時の本人の意思確認の重要性が更に高まり、公証人による関与の必要性が高まるとも考えられる。

以上を踏まえ、この点についてどのように考えるか。

(2) 任意後見契約の終了に関する規律

第二期基本計画においては、成年後見制度以外の権利擁護支援策を総合的に充実させることとされているところ、その充実化が図られた場合には、任意後見契約においても、任意後見受任者に包括的な代理権を付与するのではなく、特定の事務（法律行為）を想定した必要最小限の範囲での代理権付与、すなわち、任意後見契約法第2条が規定する事務の一部を委託する内容の任意後見契約のニーズが高まることも考えられる。

現行法上、任意後見契約の終了事由については、任意後見人の解任（任意後見契約法第8条）、任意後見契約の解除（同法第9条）、法定後見の開始（同法第10条）が規定されている上、委任契約の一般原則に従って本人又は任意後見受任者の死亡等もこれに当たるとされている。このほか、当事者間の約定により契約の終了事由を定めることもできると解されているものの（注2）、特定の事務の終了を任意後見契約の当然終了事由とすることができるかは明らかでなく、解釈に委ねられているものと考えられる（注3）。

上記のような特定の事務に関する代理権のみを付与する場合、当事者としては、その事務が終了した場合には任意後見契約を終了させる意思であると考えられることからすると、任意後見契約が発効した後においても、少なくとも事務の一部の委託の場合で当該事務が終了した場合には、本人又は任意後見人の申立てにより、家庭裁

判所の審判をもって任意後見契約が終了することを明らかにすることが考えられるが、どのように考えるか。

(注1) 任意後見契約公正証書を作成する際の費用については、基本手数料1万1000円、登記嘱託手数料1400円、法務局に納付する印紙代2600円のほか、本人らに交付する正本等の証書代、登記嘱託書郵送用の切手代などがかかるとされている。

(注2) 前掲『平成11年民法一部改正法等の解説』276ページは「当事者間の約定により契約の終了事由(たとえば、弁護士等の任意後見人または任意後見受任者が所属の団体から懲戒処分を受けた場合等)を定めることもできますが、約定の終了事由の発生により任意後見契約が終了した場合には、当該事由の発生後速やかに任意後見契約の終了の登記をしなければ、任意後見人の代理権消滅の事実を善意の第三者に対抗することができません(任意後見契約法第11条)ので、その点に留意することが必要です。」としている。

(注3) 本文でも記載しているとおり、当事者間の約定により契約の終了事由を定めることもできると解されているが、第三者の関与を必須のものとしていないことなどから、当事者間の約定により任意後見契約が終了しているにもかかわらず、任意後見契約の登記がされたままとなっている事案もあると考えられる。今回の見直しでは、任意後見制度をより利用しやすい制度となるような見直しを検討しているなど、判断能力が不十分な方を保護する制度として、任意後見制度の重要性が更に高まると考えられることや、後記第4のとおり、任意後見制度と法定後見制度の併用も検討しているところ、併用を許容する場合には、補充的に法定後見制度が利用されることも想定されるところであり、任意後見契約の存否を把握する重要性が高まると考えられる。

そこで、当事者間の約定により任意後見契約を終了させる場合においても、任意後見契約法第9条と同様の規律を設けるなど、第三者の関与を必要とするなどの見直しが考えられるところである。

第4 法定後見制度との関係

1 検討の必要性

現行法では、任意後見制度と法定後見制度の関係については、任意後見制度による保護を選択した本人の自己決定を尊重し、かつ、両者の抵触・重複を回避する観点から、原則として任意後見が優先するこ

ととされており、任意後見契約が登記されている場合には、本人のため特に必要があると認めるときを除いて、法定後見開始の審判をすることができないものとし、両者が併存することのないように制度設計がされている。

もっとも、このような制度設計は、類型的・定型的に行為能力を制限する現行の法定後見制度を前提とするものであるため、仮に、法定後見制度が適切な時機に必要な範囲・期間で利用される制度となった場合や、成年保護特別代理人制度が導入された場合には、任意後見契約で設定された任意後見人の権限と抵触・重複しない範囲で代理権を設定することが可能となる結果、権限の抵触・重複といった運用上の支障は当然には生じないものとも考えられる（注1）。

また、成年後見制度以外の権利擁護支援策の充実により、本人の財産管理等の事務の一部を委託する内容の任意後見契約の重要性が増すとも考えられることについては、前記第3の4(2)のとおりである。

2 考えられる方策

そこで、任意後見制度を中心に本人の自己決定を尊重しながら、本人の状況の変化に応じ、裁判官の関与の下に必要最小限の範囲で代理権を追加的に設定して本人保護を適切に図っていくという観点から、任意後見制度と法定後見制度が併存する状態を容認することが考えられるが、どのように考えるか（注2、注3、注4、注5）。

（注1）この問題は、法定後見制度や成年保護特別代理人制度の要件設定とも密接に関連するものであるところ、これらの制度の要件として、いわゆる補充性の要件を導入して、任意後見制度の利用によっては本人の権利・利益を保護することができないときに限り、法定後見制度等を利用できるものとすることも想定される。このような要件設定は、それぞれの制度は相互に排他的な関係に立つものではないことを前提とした上で、本人の意思や自己決定権の尊重の観点から、任意後見制度の利用を原則としつつ、補充的に法定後見制度等の利用を可能とするものであると整理できると考えられる。

（注2）もっとも、任意後見人に不適格な事由が認められる場合には、任意後見制度を終了させて、法定後見制度のみにすることも考えられるところである。そのため、両制度の併存を認めた場合においても、当事者の申立てにより、本人の利益のために特に必要があると認めるときは、法定後見制度のみとすることが考えられる（任意後見契約法第10条第1項参照）。

（注3）現行法では、同意権・取消権による保護が必要な場合には、任意後見契

約を終了させて、法定後見制度を開始しなければならなかったが、任意後見制度と法定後見制度の併用が認められれば、同意権・取消権のみの法定後見制度を開始すれば足りることとなると考えられる。

また、現行法では、任意後見人の代理権の範囲を拡張するには、新規又は追加で任意後見契約の公正証書を作成することが必要であり、仮に本人が意思能力を欠いており、再度任意後見契約を締結することが困難な場合には、任意後見契約を終了させて、法定後見制度を開始しなければならなかった。しかし、任意後見制度と法定後見制度の併用が認められれば、追加を求める代理権のみ法定後見人に付与する法定後見制度を開始すれば足りることとなると考えられる。

(注4) 仮に、任意後見制度と法定後見制度との併用が可能となったとしても、後見人に対する監督が重複したり、報酬が重複して発生したりする可能性があることなどから、任意後見制度の枠内もしくは付随的な制度として、任意後見人に同意権・取消権を付与することや、任意後見契約の発効後に家庭裁判所による許可に基づいて代理権を追加することを認めることなども考えられるところである。

もっとも、任意後見人に取消権を付与することは、自己の意思表示を基礎として、自己の将来の行為の効力を否定することを意味するものといえるところ、理論的にこれを認めることが可能であるか等については、十分な検討を要するところである。

また、代理権の追加についても、どういった要件で認めるかなど、任意後見制度の趣旨等を踏まえて、検討をする必要があるものと考えられる。

(注5) 任意後見制度と法定後見制度の併存を容認した場合における成年後見人等の選任については、現行法上も、成年後見人等の選任に当たって本人の意見等を考慮しなければならないとされていることを踏まえると（民法第843条第4項参照）、実際の運用においては、本人が信任した者としての任意後見人が重ねて成年後見人等に選任されるといった事案が多くなるとも考えられる（ただし、このような想定が可能となるのは、注2で記載したように、任意後見人に不適格な事由が認められる場合には、任意後見制度を終了させて、法定後見制度のみとするといった制度設計が採用される場合に限られる。）。もっとも、任意後見契約を締結し、判断能力低下後においては自らが選択した任意後見人による支援を受けることを望んだ本人の意思の尊重を制度的に担保するとの観点からは、本人が別段の意思を表示しているなどの特段の事情がない限り、成年後見人等については、任意後見人を選任しなければならないといった仕組みにすることも考えられる。

第5 任意後見制度のその他の課題

1 任意後見人の複数選任に関する問題

任意後見契約は任意代理の一類型であることから、複数の任意後見人を選任することが可能であり、例えば、財産管理と身上保護に関する事務について、各分野の専門家にそれぞれ委任することで、より充実した支援や保護を受けることが考えられるところである。この場合、複数の任意後見受任者の代理権について共同行使の定めがある場合は、当該契約は一個の不可分な契約であると解される一方、任意後見受任者がそれぞれ単独で代理権を行使することができることとされている場合には、任意後見受任者ごとに別個の契約であると解されている。

複数の任意後見人を選任した場合、その権限の矛盾・抵触の問題が生じ得るところ、任意後見人については、成年後見人等と異なり、権限の共同行使又は分掌に関する規定が存在しない。この点について、任意後見事務の円滑な遂行や、責任の帰属の明確を図る観点から、家庭裁判所が任意後見人又は任意後見監督人の申立てにより権限の共同行使又は分掌の定めをすることができることも考えられる。

他方で、任意後見制度が私的自治の尊重に基礎を置く制度であることや、複数代理人の権限の矛盾・抵触の問題は、任意代理一般に通じる問題であり、任意後見制度においてだけその防止を強調する合理的な理由は存しないとも考えられることからすると、本人が複数の任意後見人を選任し、それぞれ単独で権限を行使できることとした場合に、これに制限を加える規定を設けることは相当ではないとも考えられるが、どのように考えるか。

2 代理による任意後見契約の締結

現行法の一般的な解釈として、親権者は、未成年の子に代わって、子を本人とする任意後見契約を締結することが可能であると解されているものと思われる（注1）。

しかし、一般には、成年後見人等は、行為の性質上の制約として、遺言、婚姻、認知等の行為について代理権を有せず、付与することもできないと解されているところ、任意後見契約が本人の身上に強く関わる契約であることに鑑みると、代理による任意後見契約の締結を認めることについて、改めて検討する必要があるとも考えられる（注2）。また、本見直しでは、任意後見監督人の有無など監督の在り方につい

でも本人が選択できることとするとも検討しているが、監督の在り方についても本人が選択できる制度となった場合には、本人自らが契約を締結する必要があるもの、すなわち、代理に親しまない行為になるとも考えられるところである。

他方で、あくまでも任意後見契約に基づいて代理権が付与される事務は、財産管理及び身上保護に関する法律行為であって、性質上第三者に委任することは当然に許容されるものであることを踏まえると、そのような法律行為に係る代理権を付与するに過ぎない任意後見契約を代理によって締結することも許容されるとも考えられるが、この点についてどのように考えるか。

(注1) この点に関し、実務上、成年後も引き続き父母が子の財産の管理等をすることができるようにするために、子が成年に達する前に、共同親権者である父母の一方が子を代理して、他方の親との間で任意後見契約を締結し、又は父母の双方が子を代理して、一方の親との間で任意後見契約を締結するというスキームが行われているようである。ただし、かかる契約を有効に締結するためには、特別代理人を選任することが必要であり、特別代理人を選任することなく契約が締結された場合には、共同で親権を行使することとする民法第818条第3項本文や、利益相反に関する民法第826条に反するものとして、上記契約は、子との関係で効力を有しないものと考えられる。

(注2) 佐久間毅「代理法からみた法定後見・任意後見」(民商法雑誌第122巻第4・5号)は、「任意後見は、『自己の後見のあり方を自らの意思で決定するという自己決定の尊重の理念に即して、法定後見制度と相互に補完しあう』ものとして認められた制度のはずである。そうだとすれば、保護を受ける本人自身の自己決定によらない任意後見を認めることは、そもそもこの制度趣旨に反するのではないか。親権者等は、確かに包括的な代理権を有してはいるが、被保護者から見れば他者であることに違いはない。」などとした上で、「任意後見契約は、一種の一身専属的な契約であり、代理に親しまない行為と考えるべきではないか、と思われる。」としている。

以 上