

2020. 9. 7 弁護士 青木佳史

第1 はじめに～任意後見制度の見直しの視点

今回の資料4では、任意後見制度の利用が低調に推移しているとの評価を前提に、課題としては主に任意後見監督人選任の申立が適切な時機になされないことを掲げ、「濫用防止策」の視点から見直しを検討しています。

それ自体、重要な視点ではありますが、まずは、任意後見制度が、自ら信認できる任意後見人受任者を選び希望する代理権を付与するものとして法定後見制度より自己決定権の尊重（意思決定支援を中心とした権利擁護の支援）に適う制度として利用をはかるという「利用促進策」の観点から（任意後見契約締結件数が累計約15万件程度に留まっている現状を踏まえ）の見直しの検討が求められると思います。

その観点からの課題としては、

1 運用改善

- ①制度の周知（民事信託と異なる権利擁護のための役割の理解）のあり方
- ②親族以外の担い手（受任者）の確保と選択に資する情報提供のあり方

2 制度見直し

- ①契約書の要式性におけるデジタル化と定型化の促進
- ②任意後見監督人の選択制（家裁等による監督との併用）
- ③必要性の原則による代理権の段階的発効及び代理権や契約の終了
- ④契約内容の柔軟な変更（代理権の追加や報酬の変更）
- ⑤受任者の予備的選任
- ⑥受任者の事務所住所や登録姓による登記
- ⑦任意後見人や後見監督人への報酬助成制度

があると思われます。

公正証書による要式性と任意後見監督人選任による契約発効が、日本の任意後見契約の最大の特徴であるとすると、その2つの重要性の趣旨は維持しつつ、より利用しやすくするために、必須条文の定型化やデジタル化の推進、任意後見監督人以外の選択的な監督のあり方の検討が求められます。

日弁連では、資料4でもご紹介いただいた2020年の改善提言において、これらの論点の一部について提言をしており、当該提言部分をご参照いただくとと

もに、その補充や盛り込まなかった論点について私見を述べさせていただきます。

第2 利用促進の観点からの検討

1 運用改善について

- ① 制度の周知（民事信託と異なる権利擁護のための役割の理解）のあり方
日弁連 2020 改善提言 1. (2)の記載を参照ください。

（補足）特に、民事信託（いわゆる家族信託）の運用が、制約なく本人の財産を管理したいという親族のメリットから利用されている傾向があり、それによる濫用の危険を意識した制度周知が求められると思います。

- ② 親族以外の担い手（受任者）の確保と選択に資する情報提供のあり方
日弁連 2020 改善提言 1. (3)の記載を参照ください。

（補足）親族以外の担い手の普及は、法定後見のように裁判所による選任を通じた適格性の確保などがないため、中核機関等や裁判所が公平・中立でありつつ、選択に資する適切な担い手の情報提供を行うことの難しさがあり、それが監督のあり方にも影響しています。今後は、情報開示制度等何らかの方策の検討が求められると思います。

2 制度見直しについて

- ① 契約書の要式性におけるデジタル化と定型化の促進

任意後見契約は公正証書によることとなっているため、身近に公証役場がないことや相談窓口としてのなじみのなさ、契約内容の難しさなどが、契約締結が進まない一つの要因となっていると思われます。

これについては公正証書のデジタル化・IT化の推進により、スマホやパソコンから契約条項等を選択するオンラインフォームの導入や公証人とのオンライン面談などによる利用の促進が検討されるべきである。また、契約内容については、実際に利用される条文案は概ね定型化してきており、必須とすべき条項も定めることにより、基本的な契約内容作成の簡易化・定型化をはかり、申請がシンプルに迅速にできることによる利用促進をはかることを期待します。例えば、イギリスのLPA（永続的代理権）の登録フォームがオンライン化され、これにより申請件数が大きく増加したということであり、参考になります。

¹（なお、本人の意思確認や本人の契約能力確認については、オンライン等で

¹ イギリスのMCA（意思能力法）では、LPA（=Lasting Powers of Attorney 永続的代理契約）について、2015年7月からオンラインフォームによる証書作成を開始し、その後飛躍的に登録数が伸び、2019年までのLPAの

は不十分であり契約締結の最終確認については慎重にすべきです)。

② 任意後見監督人の選択制（家裁等による監督の併用）

判断能力が減退して代理権行使を必要とするようになった場合に、その職務執行を第三者が監督し本人の権利擁護を確保することは任意後見契約の本質的要素であると思います。したがって、一部でも監督を要しない場合を認めることは、任意後見契約の濫用に関する諸外国の例を見ても相当ではありません。仮にそれにより制度利用や任意後見監督人申立の躊躇があったとしても、契約の適正確保のために監督は必要不可欠です。

ただ、任意後見契約の内容、代理権付与や代理権行使の内容、受任者の職務の能力や適性等によっては、任意後見監督人の付与による監督ではなく、たとえば、家裁による法定後見制度と同様の定期監督やその他の公的機関による監督を受けたことのレポートを家裁に提出する等で十分な事案もあると思います。それにより、任意後見監督人の報酬負担の問題を解消することもでき、制度利用のしやすさに繋がると考えられます。

ところで、当初の制度の想定とは異なり、実務運用においては、任意後見監督人による監督の方が家裁による監督より監督の頻度も内容の丁寧さも充実していることがあります（親族の受任者が大半であり、後見職務をあまり理解しないまま発効することの反映でもあります）。これを前提に、選択制とする場合の監督のあり方の振り分けの目安は、管理財産や身上保護上の課題が大きかったり、指導助言を丁寧に行う必要がある受任者の特性がある場合は任意後見監督人による監督を、それ以外の事案については、家裁の監督やその他の公的機関の監督により、比較的簡易な監督とすることが想定されます。

なお、家裁は、現在も任意後見契約について任意後見監督人から年に一回の定期報告を提出させ間接的に監督をしており、一定の事案につき任意後見監督人を置かず直接の監督をすることにしたとしても、家裁の負担が増えることにはならないと思います。

任意後見監督人の選任を選択的とする場合、任意後見契約の発効を求める申立をすることとなり、家裁が発効を認める審判とともに、監督のあり方を事

累計登録者数は約 375 万 3000 件に達している。イギリスでは、オンラインフォームで誰でも書類を作成した後、LPA の後見庁（Office of the Public Guardian）への登録を行う。登録時に本人及び受任者の双方のサインをしたうえで、本人に意思決定能力があるという証明書（本人を二年以上知っている人、若しくは医師・弁護士等の第三者が作成する）を添付し、登録当日、証人が立ち会う必要がある。登録の手数料は 82 ㊦であり（低所得者の減免あり）、日本に比べて手数料も安い。

案により選択をする審判をする、ということになると思われます。また、発効後も、事案の推移により、監督のあり方を柔軟に変更することができるようにすべきです。

③ 必要性の原則による代理権の段階的発効と代理権や契約の終了

代理権の段階的発効については日弁連の 2020 改善提言 1. (5)の記載を参照ください。

(補足) 自らの意思で代理権を設定しているとはいえ、本人判断能力が残っているにもかかわらず、設定した代理権が全て一度に発効することは本人にとって制約となり、制度利用を躊躇する事情や任意後見監督人選任申立を遅らせる事情にもなると思われます。

そこで、法定後見制度の必要性・補充性の原則の導入と同様に、契約で設定した代理権目録記載の代理権につき、発効（付与）の必要性を裁判所もしくは任意後見監督人において確認し発効させるようにすることが適切です。また、発効（付与）した代理権の行使が終わりもしくは必要性がなくなれば、代理権付与の終了やひいては任意後見契約の終了（その後、再度の発効もありえる）を、家裁の判断で可能とすることにより、制度利用への懸念を少なくすることにつながると思われます。

④ 受任者の予備的選任

任意後見契約は、本人の判断能力が十分なうちに契約するものであるため、通常は契約締結から発効を要する時までの期間が長いことが多く、その間に受任者が死亡したり、病気になったり、専門職であれば仕事を辞める可能性もあります。そこで、委任者の安心のため予備的な受任者を定めたいとのニーズがあります。現行制度では、受任者を複数定めることはできても、主たる受任者と予備的受任者という順序をつける登記ができる規定がない（後見登記法第 5 条）ため、予備的受任者を設定できないため、これを可能とする改正が求められます。

⑤ 契約内容の柔軟な変更（代理権の追加や報酬の変更）

日弁連の 2020 改善提言 1. (5)の記載を参照ください。

(補足) 契約発効後の代理権の追加ができないため、現在の契約締結実務では、どうしても、将来の必要性が明確な代理権だけでなく、万が一のことを想定して様々な代理権を網羅的に設定しておく傾向にあります。また、報酬

設定もどのような代理権を実際に行使するかによらず一律の報酬を設定することが一般的です。

現行制度では、後見登記の変更という手続きがなく、任意後見契約締結後、代理権の範囲を拡張する場合、契約を解除して新たに任意後見契約を結ぶか、既存の契約に加えて拡張する代理権を付与する任意後見契約を結び、かつ、別に任意後見監督人選任申立が必要になります。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が非常に困難であり、法定後見に移行せざるを得なくなっています。

そこで、契約発効後も、柔軟に追加や変更ができることで、段階的発効の仕組みとあいまって、本人が必要と思う代理権に限定した設定が容易になり、制度利用にも繋がりやすくなりますし、代理権行使の内容に応じた報酬の負担にも繋げることができると思います。

⑥ 受任者の事務所住所や登録姓による登記制度

日弁連の2020改善提言3の記載を参照ください。

(補足) 任意後見契約において受任者の氏名及び住所については、専門職の場合であっても、事務所の住所や職務上氏名を登記することができません(法定後見においては事務所住所や職務上氏名で後見登記がなされます)。そのため、委任者やその親族及び関係機関等に自宅住所や戸籍姓が分かってしまう、関係機関からの送付物を事務所宛にできなかったり、その手続が煩雑である等の支障が生じており、専門職としての取り組みにくさを多くの専門職が感じています。

法定後見制度の選任者割合の傾向からすれば、任意後見契約についても親族以外の第三者を受任者とするニーズが潜在化していると思われるが、その需要に応じるために専門職等が受任しやすい環境整備として、事務所住所や職務上氏名で契約と登記ができることは担い手の確保の上で重要です。

⑦ 任意後見人や任意後見監督人への報酬助成制度

日弁連の2020改善提言1.(4)の記載を参照ください。

(補足) 任意後見契約が受任者や任意後見監督人の報酬を全て負担できる資力がなければ利用できないとなると、利用できる層はかなり限られてしまいます。法定後見制度だけでなく、任意後見制度についても、いつでも誰でもどこでも利用できる制度とするためには、報酬助成制度の対

象とすることが必要です。

なお、前述の監督のあり方について、必ずしも任意後見監督人の選任を必置としないことになれば、任意後見監督人の報酬の助成は不要となる場合もありますが、後述のように、受任者の特性によっては、後見人としての基本的職務を助言・指導するために、資産や収入が少ない事案でも任意後見監督人が必要な場合もあるから、報酬助成制度の対象とすることは必要です。

第3 濫用防止の観点（法務省資料4の第3）からの検討

ア 任意後見監督人選任の申立義務の明文化

受任者について、任意後見監督人申立（監督人を必置としない制度設計にする場合には契約発効の申立）の義務を明文化することは必要だと思います。受任者としての契約の履行義務ないし善管注意義務に位置づけられ、またそれを実効化するため継続的な委任者の状況把握・調査義務も明文化すべきです。

ただし、受任者の申立が義務となる時点をどうとらえるかについては、本人の同意（意思尊重）との関係で十分な検討が必要です。すなわち、本人の判断能力低下の状況や意思決定支援の環境などにより、代理権行使が必要となる状況は個別性が高く、また、本人自身で残存能力を十分に発揮したいという意欲の高い方も多いため、契約発効の申立にあたって本人の意思は可能な限り尊重されるべきです。一方で、本人が意思表示ができる場合であっても、代理権行使の必要性はあるにもかかわらず本人が同意しない場合もあるから、申立の義務化を本人が意思表示ができない場合に限定することは十分ではないと思われます。

申立を義務化とするとしても、義務となる時点は上記のように画一的に規律しにくいいため、罰則等による強制等は相当でなく、申立義務の懈怠は受任予定者の職務執行の適正の問題として位置づけるのが相当です（なお、義務違反をおそれて受任者が契約締結を躊躇する事態はありえますが、そうした受任者はそもそも適格性に疑問もあり、やむをえないことと考えます。）

イ 任意代理契約に基づく代理権の制約

受任者が任意後見監督人選任の申立をしない要因として、「任意代理契約のまま支障がないこと」が上げられるため、資料4では、任意代理契約の制限をすること（ア事理弁識能力が欠けることを代理権消滅事由とすること、イ任意代理契約の代理権設定を制約すること）が検討されています。

このうち、アの代理権消滅については、任意後見監督人選任申立の要件は

「事理弁識能力が不十分な状況」であり、事理弁識能力が欠けることではないこととの整合性、新しい法定後見制度において一元化した場合には事理弁識能力が欠けることを認定しないこととの整合性等に疑問が生じます。また、実務的な対応としても、任意代理契約の代理権行使にあたって、委任者の事理弁識能力が欠けることの把握・確認することも困難である。したがって、本人の事理弁識能力に基づき代理権を消滅させる方策は相当ではないと思います。

イの代理権設定の制約については、運用上の工夫として、移行型の任意代理契約の締結につき公正証書作成において代理権目録を制限する取り組みは一定の効果はあると思います（日弁連の 2020 改善提言もその趣旨）が、移行型以外の任意代理契約は、委任契約の自由及び持続的代理権を前提とする以上、これを制約する具体的方策は難しいと思われます。

そもそも「任意代理契約のままで支障がない」との実情は、法的な意味で持続的代理権の行使が社会生活上承認されていることを意味するのか、そうではなく、金融機関、医療・福祉事業者その他の代理権行使の場面で、任意後見契約が発効していないにもかかわらず、それと同様の地位と対応が認められてしまっているのではないか、あるいは、本人の財産管理等を行っている親族が他の親族との関係での正当化根拠として任意後見契約締結の事実を利用しているのではないか等、その実情をよく分析する必要があるように思います。

ウ 任意後見契約の発効に関する第三者の関与

受任者以外に本人の状況を把握しうる立場にある者が、本人の必要性に応じ、任意後見契約の発効の申立をできるようにする仕組みは作るべきです。具体的には、本人の支援チーム等において状況把握をした場合に、中核機関等を通じた検討の結果を踏まえ、市町村長が申立をできるようにすることが相当です。

また、任意後見契約の契約条項に、本人の意思により、本人の状況把握と申立権のある第三者を設定することも認めてしかるべきである。

また、地方自治体や中核機関等において、受任者に対し契約発効の申立を促す役割・機能をもたせることができるように、一定の要件のもとで、地方自治体や中核機関等に任意後見登記の有無の情報共有できる仕組みを検討すべきです。

併せて、適切な時機の契約発効申立の確保策として、任意後見契約締結後は、当該公証役場もしくは法務局より、年に一回程度、受任者に契約発効の申立義務があること等の通知書を送付することも効果的だと思います。

エ 任意後見監督人の選任を必須とすることの見直し

ここについては、前述の第2、3のとおりです。

なお、現在の任意後見契約は、親族が多く受任者となっていることから、後見人の職務を十分理解しないまま契約をしていることもあり、契約発効にあたって受任者の適性を確認する機会もなく、他方で法定後見制度と異なり、就任時の家裁による親族後見人へのガイダンス等もない。そのため、任意後見監督人において基本的な職務から助言・指導をし、それでも基本的職務の履行が難しい受任者もあり、親族が受任者の場合に、任意後見監督人の付与の必要性が高い実情にあることに難しさを感じています。

オ 任意後見監督人の人選や報酬額に当事者の意思を尊重すること

監督の本質からいって、受任者と任意後見監督人との間には適切な緊張関係が必要であるところ、本人の人選では必ずしもそうした適正が確保できないおそれがあります。但し、任意後見監督人選任時に、本人の希望もしくは契約内容に記載された監督人候補者を一律に認めないとするのではなく、諸般の事情を考慮して柔軟な監督人の選任をすることで、当事者の意思を尊重することは検討してよいと思います。

また、監督の報酬は、実際の受任者に対する監督事務の責任や内容に基づく決められるべきものですから、本人が監督事務を予測できない契約時の意思を反映して決めることは適当ではないと思います。

第4 新しい法定後見制度と任意後見制度との関係の整理

新しい法定後見制度が必要性・補充性に応じた代理権や取消権の付与をするものになるとすれば、任意後見契約との両立・併用も可能となると考えます。その場合には、任意後見契約設定の代理権以外の代理権について、別に法定後見制度による代理権付与の必要性を認定することができるようにすることになると思われます。

ただ、前述のように、任意後見契約でも発効後にも代理権の追加ができるようになればそれで必要性をまかなうことも可能となり、法定後見制度の併用をするのは、別の法定後見人等に代理権の付与をするのが適切な場合や、取消権付与の必要がある場合等になるでしょうか。

一方、併存することが可能になるため、任意後見契約より法定後見制度を優先させ任意後見契約自体を終了させる必要があるのは、任意後見人の適格性に問題があり、職務を継続させることが不適切な場合になるでしょうか。

第5 その他の検討

1 複数後見の場合の権限分掌や共同行使

基本的には複数後見を定めた本人の意思や契約の内容に基づき、契約発効後の代理権行使は行われることで足りると思いますが、中には、受任者間での支援方針の対立等により、本人の支援が不十分になることも生じることがあります。

その場合、まずは後見監督人や家裁による監督において調整が図られることが望ましいと思いますが、それでも困難な場合のために、家裁によって、権限分掌や共同行使を定めることができることは認めるべきだと思います。

2 代理による任意後見契約の締結

一般論としては、委任契約の一種である以上、代理による契約締結は認められるものと解釈されていますが、任意後見契約は、本人と受任者との信認関係が極めて重要であり、また本人の判断能力が不十分になった場合に発効する契約という特殊性に鑑みれば、契約時における本人の意思確認は極めて重要であり、原則として代理による契約は認めないとするのは、政策的には十分に考えられることだと思います（公証人実務においても、契約にあたって委任者本人との面会を原則とし、コロナ禍におけるやむを得ない事情などを例外としているとのことです）。

特に、知的障害等の親権者が本人が未成年のうちに法定代理権に基づき任意後見契約を締結することは、本人の意思に基づくものとはいえ、親権者が委託する将来の生活設計とそれに基づく契約内容は親の立場・価値観に由来するものであり、任意後見制度の本質的な特質を生かすものではないと思います。また、本人が成人になってからの意思決定支援による能力の変化、支援環境の充実による生活設計の変化などを踏まえる以前から、親として想定する本人の将来設計を前提にこれを受託する受任者を定めることにもなりかねないため、これを認めることには極めて慎重であるべきだと思います（仮に認める場合でも、少なくとも、この類型の場合には任意後見優先の原則は適用せず、本人が成人になった後一定の時期に見直しを付与するなどの措置が必要であると思います）。

以上