

任意後見制度に関する一管見

——その誕生から今後まで——

新 井 誠

- 1 誕生の経緯
- 2 比較法上の位置づけ
- 3 利用の実態
- 4 民法111条と任意代理権の消長
- 5 任意後見の対象者
- 6 任意後見の契約形態
 - (1) 即効型
 - (2) 将来型
 - (3) 移行型
- 7 取消権
- 8 医療行為の同意権
- 9 死後の事務
- 10 小括

本稿は、筆者が2006年5月27日に開催された日本成年後見法学会学術大会において行った「任意後見制度の現状と課題」と題する20分程度の短い報告（拙稿「任意後見制度の現状と課題」成年後見法研究第4号2007年3月15-22頁）に最新の動向を踏まえて若干加筆してまとめたものである。そのことをあらかじめお断りしておきたい。

1 誕生の経緯

任意後見制度誕生の経緯を一言で述べるならば、それは「難産であった」という表現に尽きる。成年後見法の立案に関わった当時の法務省民事局参事官小

林昭彦氏は「成年後見法研究」第1号に一文を寄せ、誕生の経緯を振り返っている。以下に引用してみたい。「一番大きな課題は、やはり任意後見制度の創設だったと思います。私が立案作業を引き継いだ時点では、今回は任意後見制度は見送ろうという空気が強かったように思います。しかし、私自身、最初にこの構想を知ったときに、とてもよい制度であり、ぜひ実現したいと思いました。現在はどうやってこれを改善していくかということが問題となっているのですが、当時はこのような制度は日本に必要なのか、あるいは日本の制度として適切なのかという、入り口のところで議論が分かれていました。特に、学者の方の中には、『そのような制度は必要ない。法定後見制度との関係をどうするのか』といった理由で、制度の創設自体に消極的な意見が強かったように思います」(14頁)。

小林氏のこの回顧に筆者も全くその通りではなかったかと思う。法曹界の重鎮であるN先生に筆者自身も「新井さん、あなたは任意後見制度の必要性というようにことを主張しているが、そんな必要性は日本にはない。なぜなら日本人には家族に依存して自己決定できない風土があるからである」と強く主張されたことがある。民法学者、とりわけ法制審議会に属した民法学者は、民法111条の通説的な理解に拘泥して、本人が意思能力のあるときに代理権を授与しておけば、本人が意思能力を喪失しても当該代理権は持続する、との立場に依拠して任意後見制度をあえて創設する必要は全くない、と声高に主張されていた。任意後見制度推進派にとっては文字通り「四面楚歌」といった有様であった。

このような厳しい状況の中にあって、任意後見制度の創設を後押ししたのは、弁護士会、司法書士会、社会福祉士会、マスコミそして世論の力であった。法制審議会の学者の意見に抗して、任意後見制度が誕生したことはその意味でも画期的であり、高く評価したい。

2 比較法上の位置づけ

わが国の任意後見制度については、イギリス保護裁判所の所長であるデンズ

イル・ラッシュ氏がこれを極めて高く評価している。同氏によれば、任意後見には3つの世代がある。

第1世代には1970年に登場したアメリカの持続的代理権授与法（Durable Powers of Attorney Act）が属し、その特徴は複雑で時間と費用のかかる法定後見を回避するために、コモン・ロー上の代理法の原則を修正する点にあった。第2世代はイギリス（イングランドとウェールズ）の1985年持続的代理権授与法（Enduring Powers of Attorney Act）が属し、その特徴は裁判所の登録制度を導入して持続的代理人の権限濫用をチェックしうるようにした点にある。第3世代には、カナダ・オンタリオ州の1992年代行決定法などと共に、わが国の任意後見法が属し、その特徴は代理人の義務・責任を明確にして、代理人の権限濫用防止体制が整備された点にある¹⁾。すなわち、わが国の任意後見制度は比較法上も優れたものである、と評価されている点に着目しておきたい。

イギリスでは持続的代理権授与法を改正して、従来は代理権の範囲が財産管理のみに限定されていたのが、身上監護や医療行為にまで拡大した上で、代理人の権限濫用を実効的に防止するための2005年意思能力法（Mental Capacity Act 2005）が2005年4月に成立し、2007年10月から施行された²⁾。同法が代理人の権限濫用のために、登録時点を早めに設定して代理権授与証書作成の時点としたのは明らかに日本法からの影響であろう。

任意後見法の比較法上の動向として看過し得ないのがドイツ法である。ドイツ法は1992年世話法によって法定後見制度を中心としたシステムを構築したが、1998年に成立し、1999年1月から施行された（第1次）改正世話法によって任意後見制度の利用促進へと大きく考え方を転換した。具体的な目的が法定後見の事件数を抑制するためであったにせよ、法定後見から任意後見への顕著なパラダイムの転換がなされたのである。ドイツ法上、任意代理人が「本人の

1) デンズィル・ラッシュ（志村武訳）「持続的代理権」実践成年後見1号（2000年）8頁以下。

2) Mental Capacity Act 2005に関する文献として、管富美枝「英国・新成年後見制度の一考察」実践成年後見18号（2006年）84頁以下が有益である。

健康状態の調査、治療行為および医的侵襲」や「施設への収容等の措置」に關する同意権を有するか否かについて学説上の対立があったが、（第1次）改正世話法により任意代理の授權が書面で行われ、これらの同意権を付与する旨が明示的に含まれ、後見裁判所の許可を得ている場合に限り、当該措置を実施することができる」と規定して、学説上の対立を立法的に解決したのである（ドイツ民法1904条2項・1906条5項³⁾。このようなドイツ法上の立法的対応はわが国の任意後見制度にも影響を与えることになろう。

ハーグ国際私法会議の動向にも言及しておきたい。ハーグ国際私法会議は1999年10月に成年者国際保護条約を可決している。同条約は法定後見の身上監護、財産管理のみならず、任意後見の抵触法上の明確な規定（15条）を置いており、特に欧州の成年後見実務では歓迎されているようである⁴⁾。わが国では同条約に関する文献すら皆無に等しく、また法務省はハーグ条約の批准には一般的に消極的である。しかし、グローバルな現実世界の中でわが国も批准に向けた具体的な対応が必要ではなからうか。

3 利用の実態

最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況～平成19年4月から20年3月～」によれば、2000年4月から8年間で任意後見契約締結件数は2万7281件となっている。任意後見監督人が実際に選任されたのは1201件である。このような件数をどう評価すべきであろうか。

イギリスの持続的代理権授与法が1986年3月に施行されてから11年間で4万2405件の登録があった。持続的代理権授与法上の登録は、わが国の任意後見監督人の選任に相当すると考えられるので、イギリスでは11年間に4万

3) （第一次）改正世話法に関する文献として、上山泰「ドイツ世話法改正について（上）、（下）」法律時報71巻12号（1999年）74頁以下、72巻2号（2000年）54頁以下が有益である。

4) Das Haager Übereinkommen vom 13. 1 2000 zum internationalen Schutz Erwachsener, Btprax 6/2007, S. 231 ff.

2405件あったものが、わが国では8年間に1201件しかなかったことになる⁵⁾。ドイツでは2003年からの3年間に32万5637件の登録があった。ドイツ法上の登録はわが国の登録に類似したものと考えてよいであろう。ドイツでは年間に10万件を超える任意後見の登録があったことになる⁶⁾。ドイツの登録件数は現在では60万件を超えているようである。

イギリスやドイツに比較すれば、わが国の任意後見利用件数は極端に少ない、といわざるを得ない。しかし、筆者としてはわが国の任意後見契約締結件数2万7281件をそれなりに評価したい。「1 誕生の経緯」で述べたように、有力な民法学者が反対している中での任意後見制度の船出であったことに鑑みれば、国民に大きな抵抗なく受け入れられた、と考えるとよいのであろう。多くの国民がまだ任意後見制度を十分に理解しているとはいえない状況の下で、むしろ契約締結件数が毎年確実に増加している事実を踏まえると、着実な啓発活動によってさらなる利用促進が期待しうるのではないか。

4 民法111条と任意代理権の消長

任意後見法施行後の民法解釈上の最大論点は、民法111条1条1号に関してである。この規定は「本人の死亡によって、任意代理権が消滅する」とのみ定めており、その反対解釈として「本人の意思能力喪失では任意代理権は消滅しない」という解釈が通説として定着してきた。ほとんどの民法教科書が依然としてそのような通説的理解を踏襲している。成年後見法の国会審議においても、当時の法務省民事局長であった細川清氏は、ある議員が筆者の「ジュリスト」943号に掲載された論文を援用して、「任意後見法」施行後は民法111条の通説的理解を修正する必要があると迫ったのに対して、そのような必要については明確に否定している。しかし、任意後見制度を創設しながら通説を維持するというのは、自家撞着以外の何物でもなく、さらには任意後見制度を創設した意

5) 新井誠『高齢社会の成年後見法〔改訂版〕』13～17頁、50～85頁（有斐閣、1999年）。

6) ドイツでは連邦公証人連合会が全国統一の登録簿を備えている。

義を著しく減殺してしまうことになる。なぜなら、通説に依拠する限り、任意後見を用いる必然性はほとんどなくなってしまうからである。任意後見法が施行された以上、本人の意思能力喪失後の任意代理権の消長への対応は任意後見の考え方、すなわち本人の意思能力喪失後の任意代理権の持続は、代理人の権限濫用に歯止めをかけ、本人を保護することのできる任意後見制度の枠組みの中でのみ可能である、との考え方が妥当であることを強く主張しておきたい⁷⁾。

わが国は今、民事法の大立法時代にある、といわれている。大立法時代に大切なことは実は精緻な法解釈ではなかろうか。その典型的な例が任意代理権の消長を巡る民法111条の解釈である。ドイツの大法学者カール・フリードリッヒ・フォン・サヴィニーは1841年に公刊した彼の代表作の中で「立法より大切なのは法解釈である」と喝破している。民事法の大立法時代にこそ法解釈論が求められており、解釈をなおざりにして立法に走るきらいがないではない昨今の傾向には見直しが求められるのではないか。

5 任意後見の対象者

任意後見制度の対象者はいったい誰なのか。認知症の高齢者は教科書的な事例となる。認知症高齢者の場合には、健全であった意思能力が認知症を理由として低下・喪失してしまうからである。外国、特にイギリスの文献などでは持続的代理権授与法の対象は認知症高齢者のみであるとされていることもある。問題は知的障害者と精神障害者である⁸⁾。

知的障害者はもちろん健常者と比して意思能力に欠ける部分もあるが、福祉的技法であるエンパワーメントにより知的障害者本人の意思能力を十全に活かしたうえで、任意後見契約に結びつけることが考えられてもよいのではないか。他方、知的障害者には権利侵害等に対して脆弱な（vulnerable）側面もあるの

7) 新井誠『信託法〔第3版〕』85～87頁（有斐閣、2008年）参照。

8) 新井誠編『成年後見制度』129～131頁（有斐閣、2000年）。

で、任意後見契約の締結、発効等の時点で公証人、家庭裁判所等が本人の脆弱性に付け込まれたものでないか慎重に吟味することが求められる⁹⁾。

精神障害者は意思能力の変動が激しく、大きいのが特徴である。したがって、外国の文献では精神障害者を任意後見の対象から除くのが一般的である。しかし、筆者としては、寛解期といわれる症状が安定しているときには任意後見契約の締結は可能である、と解するべきではないかと考える。もっとも、この点については医学と法学のさらなる共同研究の成果に期待したい¹⁰⁾。

いずれにせよ、障害の一部、障害のある種のタイプを一律に排除することなく、意思能力に関する障害を持つ人があまねく利用できるような工夫を心がけていきたい。

6 任意後見の契約形態

(1) 即効型

即効型の利用には慎重であるべきである。任意後見は十分な意思能力のあるときに任意後見契約を締結するのが原則であり、すでに意思能力の低下している者の即効型任意後見は本人が特に受任者を信託している場合や他の親族の介入を嫌がっている場合等の例外的なケースにのみ認めるべきである。即効型の利用希望には補助類型をもって対応するのが望ましい。

9) 新井誠＝上山泰「任意後見契約に関する法律」於保不二雄＝中川淳編『新版 注釈民法(25) [改訂版]』661～663頁(有斐閣、2004年)参照。なお、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改善検討小委員会「任意後見制度改善提言(論点骨子素案)に関する当委員会における中間報告書」は、有料老人ホーム入所契約の身元引受人の代替的契約、金銭信託の「指図権者」選任のための契約、親族間の争いの主導権を得るための契約、居住用不動産の処分・財産活用・税務対策のための契約の4つの契約を本人が真に望んだ契約かどうか問われる事例(4頁)、すなわち本稿の「脆弱性に付け込まれる契約」としている。

10) 萌芽的研究として、新井誠＝西山詮編『成年後見と意思能力』(日本評論社、2000年)がある。

(2) 将来型

将来型は任意後見の基本型であるとされている。将来型においては任意後見監督人選任の申立時期を把握することが重要である。申立時期を的確に把握するためには、任意後見契約とは別にいわゆる「見守り契約」（一種の準委任契約）を締結して、任意後見受任者に本人との定期的な面談義務、申立時期が到達したと判断した時には遅滞のない任意後見監督人選任の申立義務を課すべきであろう。

立法論としては、将来型任意後見契約における任意後見受任者の任意後見発効までの本人の見守り義務（任意後見監督人選任の申立義務を含む）を法定すべきである。

(3) 移行型

移行型任意後見契約における任意代理契約の濫用が深刻な問題となっている。任意代理契約（委任契約）によって任意後見受任者でもある任意代理人に広範な代理権を付与しておき、本人の意思能力が低下して本来なら任意後見契約を発効させるべきところ、広範な任意代理権を奇貨として任意後見監督人選任申立がなされない事例が多い。この場合、任意後見が発効しておらず、任意代理人の事務処理の妥当性・相当性は担保されていないのである。したがって、後日、本人の相続人等の間でトラブルになる可能性は極めて高い。

対応策としては、理論面では、「4 民法111条と任意代理権の消長」において述べたように、本人が意思能力を喪失した場合には任意代理権は持続せず、任意代理権の行使自体が無効であることを徹底し、実務面では、仮に任意代理権を付与するにしても包括的な代理権とはせずに、日常業務の範囲内の保存行為・管理行為に限定した代理権をその内容とすべきであろう。

7 取消権

任意後見は法定後見とは異なるから、法定後見人のように任意後見人にはその固有の地位に基づく取消権は付与されていない。しかし、このことは任意後

見人にはいかなる取消権も付与されていないことを意味しない。民法120条2項は「詐欺又は脅迫によって取り消すことができる行為は、瑕疵ある意思表示をした者又はその代理人若しくは承継人に限り、取り消すことができる」と規定している。ここにいわゆる「代理人」の中に「任意代理人も含む」ということは、どの教科書にも指摘されている。取消権行使の授権が前提となることはいうまでもないが、詐欺・脅迫のゆえに本人の取消権が発生すれば、その行使を任意代理人がすることは現行民法上も可能である。任意代理で可能であったとすれば、任意代理以上に本人保護のメカニズムが具備している任意後見制度において可能ではないという理屈は成り立たない。解釈論としては、民法120条2項の「代理人」に任意後見人も含むと解したい。したがって、任意後見契約発効後は任意後見人が民法120条2項の取消権を行使しようとあらかじめ授権しておけば、任意後見人は同条の取消権を行使しようと解したい。

立法担当者は、「任意後見人には取消権はない」と述べているが¹¹⁾、そこでは民法120条2項の解釈論も含めて「取消権はない」と考えている節がある。この理解は妥当ではなく、修正されるべきである。ここでも民事法の大立法時代における解釈の必要性をあらためて痛感させられる。もちろん消費者契約法、特定商取引に関する法律等を高齢者・障害者の本人保護の実効性が上がるようにさらに見直していくことは当然であるとして、当面は、民法120条の正しい解釈論を展開していくことが急務である。

8 医療行為の同意権

法定後見人には医療行為の同意権を認めないのが立法担当者の見解である。法定後見人に医療行為の同意権が認められない現状の下で任意後見人に医療行為の同意権を認めるのはなお一層困難である、との認識が定着しているように思われる。

しかし、近時では法定後見人にも医療行為の同意権を認めるのが学界、実務

11) 成年後見問題研究会『成年後見問題研究会報告書』68頁(1997年)。

界の大勢である¹²⁾。比較法的にもドイツの任意後見（Vorsorgevollmacht）、イギリスの改正後の任意後見（Lasting Powers of Attorney）がともに医療事項を対象としているのに比し、わが国の任意後見が医療行為の同意を一律に排除しているのは問題であるといわざるを得ない。身上監護に関する法律行為の1類型である医療契約の締結が任意後見の対象であるとすれば、任意後見契約に関する法律6条の趣旨を踏まえて、当該医療契約に当然随伴する医療行為の同意権を本人が任意後見人に授権することは許されるのではないか。私見は法定後見人にも医療行為の同意権を認めるべきであるとの見解に立つのであるが、この見解に立脚しないとしても法定後見と任意後見との構造的差異に着目して、任意後見においては本人の授権による医療行為の同意権を認める余地があってもよいのではなかろうか。

弁護士実務では事態は急激に進展しているようである。2006年4月23日付日本経済新聞によれば、延命治療の中止を弁護士に委任する取り組みが行われている。財産管理の委任のほか、医療事項代理人として生命身体の安全を維持するために必要な医療、介護処置を受けるための申立や同意、緊急事態では本人に代わっての意思表示の権限が書面で委任されており、それには延命治療の中止も含まれ、本人が意思表示できなくなった場合でも意思決定の代行ができることとされている。同紙はこのような弁護士実務を好意的に紹介している。しかし、このような取り組みは妥当なのであろうか。将来を先取りした実務ではあるとしても、まずは任意後見における医療行為の同意権が許容されるのかを解釈論としてつめる必要があるのではないか。現状でも延命治療の中止まで委任できるというような実務は、少し先を急ぎすぎているように思われる。

9 死後の事務

死後の事務は、任意後見契約に関する法律2条1号における任意後見契約の

12) 赤沼康弘「成年後見と医療行為の同意」実践成年後見12号（2005年）81頁は、家族の同意権も含む、医療同意に関する法整備を提案している。

委任事項には当たらない。実務では死後の事務委任契約を締結して対応するのが一般的である。

しかし、死後の事務委任契約を締結すればあらゆる死後の事務を処理できるとする考え方には慎重でなければならない。まず「死後の事務」として一括するのではなく、具体的な事務ごとの個別的な検証が必要である。法定後見についてはすでに優れた分析がなされているので¹³⁾、それを参考にして任意後見固有の視点からの検討を期待したい。次に、死後の事務委任契約の法的性格についての詳細な検証が必要である。とりわけ死後の事務委任契約における本人が死亡しても契約を終了させない特約の有効性および委任者の解除権を放棄する旨の特約の有効性とその相続性がさらに深く究明されることを期待したい¹⁴⁾。

10 小括

任意後見制度は成年後見制度の中核である。最近では濫用が懸念される事案がないわけではないが、わが国の社会に自己決定権尊重の理念を生かすためにも任意後見制度のさらなる普及が課題である。

最後に、法務省民事局長倉吉敬氏の言葉を引用して筆を擱くことにしたい。

「わが国の65歳以上の高齢者人口は、平成17年に初めて20%を超えた。平均余命でみると人生80年は当たり前で、90年でも珍しくはない超高齢社会である。定年後もなお極めて長い時間を生きていくことになる。この20年、30年という長い第2の人生の中で、『老い』や『病気』と向き合いながら、さまざまな出来事に対応して最善の策を選んでいくのは容易なことではない。それだけに、判断能力が失われた場合の対応策の一つとして、自らの意思を生かす

13) 上山泰「成年被後見人等死亡の場合の成年後見人等の地位と業務」実践成年後見10号(2004年)11～15頁。

14) 学界・実務界で統一した考え方があるわけではない。河野信夫「任意後見契約と生前及び死後事務委任契約について」公証法学33号(2003年)50～61頁、藤原正則「死後委任事務の判例と成年後見への応用の可能性」実践成年後見10号(2004年)21頁等参照。

ことができる選択肢を持っていることは、これからの日本人にとって意味のある大事なことのように思われる。走り続けた現役を退いたシニアの世代が、今後、自身の判断能力の低下を自覚したときに、家族や周囲の人々を先々煩わせるようなことはしたくない、そして、何よりも自分のことは自分で決めたいと考え、任意後見を選択する。そんな可能性は意外に高いのではないかと思うのである。」¹⁵⁾

15) 倉吉敬「日本人のメンタリティと任意後見」実践成年後見25号（2008年）1頁。