

大阪家裁総第273号

令和元年5月28日

山中理司様

大阪家庭裁判所長 中川博



司法行政文書開示通知書

平成31年3月29日付け（同年4月2日受付）で申出のありました司法行政文書の開示（大阪家裁後見センターだより第9回）について、下記のとおり開示することとしましたので通知します。

記

1 開示する司法行政文書の名称

「1 はじめに 任意後見制度は、」で始まる文書（片面で10枚）

2 開示の実施方法

写しの送付

(担当) 総務課 電話06(6943)5432

## 1 はじめに

任意後見制度は、平成12年4月1日に施行された「任意後見契約に関する法律」（平成11年法律第150号、以下「任意後見契約法」といいます。）により創設された制度であり、現行の成年後見制度と同時に運用が始まりました。統計資料<sup>1</sup>によると、任意後見監督人選任の申立件数（全家庭裁判所に対するもの）は、平成12年以降、増加傾向にありますが、平成28年の申立件数は全国で791件にとどまり、法定後見<sup>2</sup>と比べて利用が低調といわざるを得ません。しかし、任意後見制度は、本人が締結した任意の委任契約に対して本人保護を目的とした必要最小限度の公的関与を法制化することにより、自己決定権の尊重の理念に即した本人保護の制度的枠組みを構築したものであり、「成年後見制度の利用の促進に関する法律」（平成28年法律第29号）及び同法に基づき定められた「成年後見制度利用促進基本計画」（平成29年3月24日閣議決定）も、任意後見等の利用促進を取組課題の一つとしています。その意味で、将来的には任意後見監督人選任の申立てが増加することが望ましいといえます。

そこで、今回は、任意後見監督人選任の申立てに関して、裁判官の立場から見た留意点を整理してみたいと思います。

## 2 任意後見制度の概要等

### （1）任意後見制度の概要

任意後見制度は、本人（任意後見契約の委任者。任意後見契約法2条2号）が十分な判断能力を有する間に、判断能力低下後の本人の財産管理等に関する事務を任意代理人（任意後見受任者。同条3号）に委任し、本人の判断能力が低下した後に、その任意代理人（任意後見人。同条4号）が公的機関の監督（任

<sup>1</sup> 小林昭彦ほか編・新成年後見制度の解説【改訂版】630、631頁。

<sup>2</sup> 前掲注1小林ほか624、625頁の統計によれば、平成28年の法定後見開始の申立件数は、後見開始2万6836件、保佐開始5325件、補助開始1297件であった。

意後見監督人を通じた家庭裁判所による間接的監督) の下に当該事務を遂行するものです。

## (2) 任意後見契約の実際の利用形態<sup>3</sup>

任意後見契約の利用形態は、大別すると、以下の3つに分類されます。

### ア 移行型（通常の任意代理の委任契約から任意後見契約に移行する場合）

通常の任意代理の委任契約と任意後見契約を同時に締結し、本人の判断能力低下前の事務は委任契約により処理し、判断能力低下後の事務は、任意後見監督人を選任して任意後見契約を発効させて処理する形態です。

### イ 即効型（任意後見契約の締結の直後に契約の効力を発生させる場合）

判断能力が既にある程度低下している本人が任意後見契約を締結し、その直後に任意後見監督人選任の申立てをして契約を発効させる形態です。軽度の認知症・知的障害・精神障害等の状態にある補助制度の対象者（場合によっては、保佐制度の対象者）でも、契約締結の時点で意思能力を有する限り、任意後見契約を締結することが可能であり、本人が法定後見による保護よりも任意後見による保護を選ぶ場合には、この即効型の契約を締結することで、任意後見制度を利用することができます。

### ウ 将来型（将来の判断能力低下の時点で任意後見契約を発効させる場合）

十分な判断能力を有する本人が契約締結の時点では受任者に後見事務の委託をせず、将来自己の判断能力が低下した時点で初めて任意後見による保護を受けようとする形態です。

## 3 任意後見監督人選任の要件としての任意後見契約の有効性

- (1) 任意後見契約も契約の一種であり、有効に成立するためには、本人が意思能力を有することと、契約意思を有する（契約内容を理解している）ことが必要

---

<sup>3</sup> この項について、前掲注1小林ほか238、239頁参照。

です。任意後見契約法に明文の規定はないものの、有効な任意後見契約の締結が任意後見監督人選任の要件であると解され<sup>4</sup>、任意後見契約に無効原因があると判断される場合には、任意後見監督人選任の申立ては却下されることになると考えられます<sup>5</sup>。

(2) 任意後見契約は、公正証書による要式行為とされています（任意後見契約法3条）。これは、公証人の関与により、本人の真意による適法かつ有効な契約が締結されることを制度的に担保すること等を目的とするものです<sup>6</sup>。公証人は、公正証書の作成に当たり、原則として本人と面接するものとされ、本人の意思能力又は契約意思に疑惑があるときは、後日任意後見契約の有効性が争われる場合に備えて、本人が意思能力を有することを証すべき診断書等の提出を求め、本人の状況等の要領を録取した書面を作成するものとされています<sup>7</sup>。しかし、

---

<sup>4</sup> 判タ1165号44頁も同旨。なお、実務上、任意後見契約の有効性が問題となるのは、親族間紛争がある場合において、ある親族が任意後見監督人選任を申し立て、対立する別の親族が、法定後見を申し立てるのと併せて、任意後見契約の無効を主張するといったケースがほとんどであると思われる。

<sup>5</sup> 大阪高決平成14年6月5日・家月54巻11号54頁は、夫婦である本人2名について、その長男が保佐開始の申立てをした後に、本人らの財産を現に管理していた次男が本人らとの間で任意後見契約を締結した事案において、保佐開始の申立てに関して、「上記のとおり、本人両名はいずれも任意後見契約を締結しており、かつ、その登記がされている。これら契約が、人違いや行為能力の欠如により効力が生じないのであれば、『本人の利益のため特に必要がある』かどうかについて判断するまでもなく本人両名につき保佐を開始してよいことになる」と判示しており、任意後見監督人選任の申立てを認容するためには、任意後見契約が有効であることが必要であるとの前提に立っているものと解される。

<sup>6</sup> 家事審判には、民事訴訟の確定判決と同じ意味での既判力がないと解されているため（梶村太市・新版実務講座家事事件法98頁）、任意後見契約の有効性についての確定的な判断は、民事訴訟において示されることになる。ただし、任意後見監督人選任申立事件を受理した家庭裁判所としては、任意後見契約の有効性に関して一応の判断を示した上で、審理を進めることになると思われる（同旨の意見を述べるものとして、判タ1125号113頁、同1165号44頁。）。

<sup>7</sup> 前掲注1小林ほか244、245頁。

<sup>8</sup> 落合威「公証実務と任意後見」判タ1030号120頁。なお、任意後見契約に関する公証事務の取扱いの詳細については、「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（平成12年3月13日法務省民一第634号法

最近、公正証書遺言の有効性が争われる事案が増え、遺言能力を欠き無効とする裁判例<sup>9</sup>も散見されることを考慮すると、任意後見監督人選任の審理に当たつても、任意後見契約の有効性を慎重に判断すべき場合があるものと考えられます。

#### 4 任意後見契約の有効性が問題となりやすい事案

- (1) 即効型の任意後見契約では、契約締結時点において、本人の判断能力が一定程度低下しているため（前記2(2)イ）、本人の意思能力や契約意思が欠けるとして、任意後見契約の有効性が問題となることがあります。
- (2) すなわち、即効型の任意後見契約に関しては、本人が契約締結に積極的でないのに、受任者側が、不正な動機、例えば、本人の財産を取り込んで利用する目的や、本人を囲い込んで将来の遺産分割の主導権を握る目的で、契約締結に至るおそれが指摘されています<sup>10</sup>。本人の認知症等の症状が一定程度進んでいる場合などには、判断能力が低下している上、（任意後見受任者になるとする）親族の世話になっているという弱みもあって、本人の真意に基づかない任意後見契約が締結されやすいことに留意する必要があります。また、親族間紛争がある場合において、上記のような不正な動機で任意後見制度が利用される実情がある旨も指摘されており<sup>11</sup>、任意後見契約の締結について相談を受けた弁護

---

務省民事局長通達）」を参照されたい。

<sup>9</sup> 公刊物に登載された比較的最近のものとして、東京高判平成25年8月28日・判タ1419号173頁、東京高判平成25年3月6日・判時2193号12頁、東京高判平成22年7月15日・判タ1336号241頁、大阪高判平成19年4月26日・判時1979号75頁がある。

<sup>10</sup> このような形で任意後見契約が締結される場合としては、①法定後見開始申立事件が先に申し立てられたが、当該事件の申立人の推薦する候補者が後見人等に選任される見込みがなくなったときに、その申立てを取り下げるとともに、当該申立人が任意後見受任者となって任意後見契約を締結し、任意後見監督人の選任を求めるケースと、②法定後見開始申立事件を申し立てることなく、任意後見契約を締結し、任意後見監督人の選任を求めるケースの2つが考えられる（判タ1165号121頁参照）。

<sup>11</sup> 判タ1165号121頁。

士は、親族間に紛争がないか、本人の真意に基づくものかなどに十分注意を払う必要があります。

なお、任意後見受任者に不正な動機がない場合でも、任意後見契約締結時点で、本人の判断能力が後見開始が相当な状態にまで低下していれば、本人の意思能力や契約意思が欠けると判断される可能性があるので、本人の判断能力の程度に関して、十分な資料等<sup>12</sup>を確認の上、有効に契約を締結できるか、精査する必要があります。

## 5 任意後見契約の有効性について判示した裁判例

以下では、任意後見契約の有効性が問題となった2つの裁判例を紹介します。

なお、任意後見契約の有効性について判示した公刊物登載の裁判例はごくわずかであり、その位置付けについては注意が必要です。

### (1) 東京地判平成18年7月6日・判時1965号44頁

#### ア 事案の概要及び争点

本人Aは、平成12年7月25日、弁護士Bを任意後見受任者とする任意後見契約（以下「先行任意後見契約」といいます。）を締結しましたが、平成13年6月13日、先行任意後見契約を解除する旨の意思表示（以下「本件解除」といいます。）をし、同月27日、養子Yを任意後見受任者とする任意後見契約（以下「後行任意後見契約」といいます。）をしました。その後、本人Aについては法定成年後見が開始されましたが、本人Aの養子Xが、本件解除及び後行任意後見契約締結の当時、本人Aには意思能力がなかったと主張して、後行任意後見契約の無効及び弁護士Bが先行任意後見契約に係る任意後見受任者の地位にあることの確認を求めました。

この裁判例では、①先行任意後見契約締結当時、本人Aに意思能力及び契

---

<sup>12</sup> 即効型の形態を利用しようとする本人については、後記5(3)で挙げた本人の医療記録や要介護認定に関する資料等に、判断能力に関する記載があることが少なくないと思われる。

約意思があったか、②後行任意後見契約締結当时、本人Aに意思能力があつたかが争点となっています<sup>13</sup>。

#### イ 争点に対する裁判所の判断

(ア) 裁判所は、本人Aの意思能力について、⑦平成10年1月時点の長谷川式簡易知能評価スケールが23点であったこと、①平成11年8月の脳MRI画像検査では、脳室周囲に若干の脳梗塞が認められたが、脳血管性パーキンソニズムとまでは診断されず、認知機能の障害も見られなかつたこと、⑦平成12年8月及び同年11月時点で、遺言能力に問題がない旨の診断書が作成されていること、⑨平成13年3月末頃の脳MRI画像検査では、側頭葉海馬付近や前頭葉に顕著な萎縮が確認され、同年4月時点で、認知機能障害があり、意思決定に支障がある旨の診断書が作成されていること、⑦同年7月時点の長谷川式簡易知能評価スケールが14点であったこと、⑦別件訴訟において、鑑定人が、平成12年12月18日頃までは、正しい意思決定能力があったが、平成13年4月以降、正しい意思決定能力に障害があったと判断していること等を認定した上で、本人Aは、先行任意後見契約を締結した平成12年7月25日当時は、意思能力を有していたが、平成13年4月以降、意思能力を喪失するに至った旨判示しています。

(イ) また、裁判所は、本人Aの契約意思について、⑦本人Aは、平成12年1月頃までは、自ら代表取締役を務める株式会社の経営を養子Yに委ねようと考えていたが、養子Yの経営者としての資質に不安を覚えるに至ったこと、①本人Aは、同年5月頃から、株式会社の経営について、弁護士Bに協力を依頼するなどして、弁護士Bに対する信頼を深めていったこと、⑦本人Aは、同年7月、弁護士Bに相談の上、養子Xほか1名と養子縁組

---

<sup>13</sup> そのほかに、養子Xの訴えに確認の利益が認められるかが争点となつたが、紙面の都合上、割愛する。

をし、株式会社の経営を養子Xらに委ねる趣旨で、本人Aの保有する会社の株式を養子Xらに相続させる旨の公正証書遺言を作成するとともに、自分の意思能力が衰えた場合に備えて先行任意後見契約を締結したこと等を認定した上で、先行任意後見契約は本人Aの意思に基づいて締結されたものである旨判示しています。

## (2) 大阪高決平成24年9月6日・家月65巻5号84頁

### ア 事案の概要及び争点

本人Cは、平成22年（年月日は不明）、その長女Yを任意後見受任者とする任意後見契約（以下「本件契約」といいます。）を締結したところ、本人Cの長男Xが、本人Cは、本件契約を締結した当時、認知症により意思疎通ができなかつたから、本件契約は無効であるなどと主張して、本人Cについて後見開始の申立てをし、これに対し、長女Yが、本件契約に基づき、任意後見監督人の選任を申し立てた事案です。

原審（神戸家裁尼崎支審平成24年6月8日・家月65巻5号96頁）は、長男Xの申立てを却下し、長女Yの申立てを認容して、任意後見監督人を選任する審判をしたところ、長男Xが即時抗告をしました。

この裁判例では、本件契約締結当時、本人Cが意思能力を欠いていたかが第一の争点となっています。

### イ 争点に対する裁判所の判断

裁判所は、①長男Xが、内容証明郵便をもって、長女Yに対し、本人Cの財産を長女Yに移している疑いが強いと指摘し、現在の本人Cの状況及びその財産の状況を明らかにするように求めたこと、②その約1か月後に本件契約が締結されていること、③本人Cが平成22年に要介護度3の認定を受けた際の認定調査票によれば、⑦短期記憶に障害がある、④居住している長女Y方の住所は覚えておらず（娘の家であることは理解している。）、場所の理解に困難がある、⑤二、三時間前の食事の内容を思い出せない、⑥金銭管理

は長女Yがしており、本人Cは小遣い程度をもらっている、④日常の簡単な意思決定はできるが、たまにしかないことや介護保険のことなどはできず、長女Yに任せている、という状態であったことを認定した上で、本件契約については、契約締結時期や、その目的・趣旨等の契約締結に至る経緯に疑問があり、本件契約締結当時、本人Cの判断能力は相当に低下していたと認められるものの、本人Cが意思能力を欠いていたとまでは認められない旨判示しています。

### (3) 裁判例の判示内容から読み取れる留意点

ア 前掲東京地判平成18年7月6日は、各種検査の結果や主治医の診断書の内容（診療経過）、鑑定結果等に関する事実を詳細に摘示し、本人が判断能力を喪失した時期を認定しています。これに対し、前掲大阪高決平成24年9月6日は、本件契約の締結過程に不自然な点がある旨を指摘する一方で、要介護認定を受けた際の認定調査票<sup>14</sup>からは、本人Cの心身の状態について、短期記憶に障害があることや、金銭管理の相当部分を長女Yに任せていることなどの事実が認定できるにとどまり、本人Cの判断能力が一定程度低下していたことを認めながらも、本人Cが意思能力を欠いていたとまでは認められないと判断しています。

このように、任意後見契約の有効性が争われる場合、契約締結に至る経過を明らかにするだけでなく、専門的（医学的）知見に裏付けられた客観的な資料を収集することが重要になると考えられます。即効型の任意後見契約が締結される場合は、契約締結時点で、本人の判断能力が既に一定程度低下していることから、本人が、医療機関を受診していたり、要介護認定を受けていたりすることが多く、医療記録や要介護認定の関係資料の中に、本人の判

---

<sup>14</sup> 要介護認定調査を行う①市町村の職員又は②介護支援専門員等が作成するものである（介護保険法27条1項、2項、28条2項、4項、24条の2第1項2号、2項）。

判断能力の程度を判断するのに適切な資料が存在することも少なくないと思われます。

イ また、前掲東京地判平成18年7月6日は、先行任意後見契約締結時において本人が意思能力を有していたことに加え、先行任意後見契約の締結に至る経過を詳細に認定して、契約意思を有していたと結論付けています。

任意後見契約締結時において本人の意思能力が認められたとしても、本人の判断能力が一定程度低下している場合には、本人が受任者側の意思に引きずられることが多く、契約内容に関する真意に疑義が生じることがあります。契約意思の有無を判断するに当たっては、契約締結に至る経過、具体的には、①契約締結前後における本人と任意後見受任者との関係性や本人の言動と②任意後見契約の内容（誰を任意後見受任者に選んだか、委任事務の範囲が包括的ではないか等を含む。）とが整合しているかが重要な考慮要素の一つになると考えられます。

## 6 終わりに

以上のとおり、任意後見契約については、その有効性（本人の意思能力及び契約意思の有無）が問題となる可能性があるため、任意後見契約に関して相談を受けた弁護士としては、契約の有効性を十分に精査する必要があり、事案によっては、任意後見制度ではなく法定後見制度の利用を勧めるべき場合もあるように思われます。

次回は、法定後見制度と任意後見制度の関係（任意後見契約法10条）について、取り扱う予定です。

## 第9回のテーマは、「受理面接省略類型（書面審理）」

書面審理については、より円滑かつ迅速に申立てから開始までの手続を進めるため、新たな申立ての方式として、平成30年2月1日から運用を開始しています（本庁のみ）。書面審理の対象となる事件や、必要な書式については、第5回後見センターだよりでご案内していますので、そちらをご覧ください。なお、書式に関しては、同年4月1日に若干の修正を行いました。新しい書式のデータについては、大阪弁護士会会員専用サイトからダウンロードができます。書面審理申立ての運用開始から半年ほどが経過し、半月以内で審判に至る事件が増えるなど、手続の迅速化に貢献しています。

書面審理においては、依頼者から聴取された内容を「事情説明書」及び「本人の状況シート」にまとめていただくことにより受理面接の実施に代えますので、家庭裁判所に来庁する手間が省け、メリットが実感できる運用であると考えております。今のところ、書面審理申立てのうち、弁護士代理によるものは一部にとどまっています。申立ての依頼を受けられたら、要件に当てはまる場合に限ますが、書面審理による申立てを検討してみられてはいかがでしょうか。