



大阪家裁総第 275 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 10 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 前回は、」で始まる文書（片面で 9 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

前回は、任意後見契約の有効性が問題となる場合を取り上げました。今回は、任意後見契約が一応有効であることを前提に、任意後見と法定後見の関係について説明したいと思います。

2 任意後見と法定後見の関係についての法令の定め

(1) 任意後見制度の理念に基づく任意後見と法定後見の調整

任意後見制度は、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として構築されたものです。このため、任意後見契約に関する法律（以下「任意後見契約法」という。）は、既に任意後見契約が締結・登記されている場合には、原則として、法定後見による保護よりも、任意後見による保護を優先させるべきとし¹、法定後見と任意後見の関係調整について、以下の定めを置いています。

(2) 法定後見開始申立てがされた場合（任意後見が先行する場合）

既に任意後見契約が登記されている場合に、本人について法定後見の開始の申立てがされたときは、家庭裁判所は、任意後見監督人の選任の前後を問わず、原則として、法定後見を開始することができず、「本人の利益のため特に必要があると認めるとき」に限って、法定後見を開始することができます（任意後見契約法10条1項）。なお、任意後見契約法10条1項による法定後見の開始が任意後見監督人選任後であるときは、任意後見契約は当然に終了します（任意後見契約法10条3項）、任意後見監督人選任前であるときは、任意後見契約はなお存続することになります（同項反対解釈）²。

¹ 任意後見契約法が法定後見と任意後見の併存を認めない理由としては、①成年後見人・保佐人・補助人と任意後見人が併存することになれば、両者の代理権が競合するおそれがあり、本人の保護や取引の安全を十分に図ることが困難となることや、②法定後見と任意後見の両者について監督を行うことが実務上困難であること等が挙げられている（小林昭彦ほか・新成年後見制度の解説【改訂版】289頁（注1））。

² 任意後見契約が発効していない場合、当該契約による保護と法定後見による保護のいずれを優先させるべきかについて、最終的な司法判断が示されたわけではないため、任意後見契約を存続させることとされている。

(3) 任意後見監督人選任申立てがされた場合（法定後見が先行する場合）

他方、既に法定後見が開始されている本人について、任意後見監督人の選任の申立てがされた場合には、家庭裁判所は、法定後見による保護の継続が「本人の利益のために特に必要であると認めるとき」を除き、任意後見監督人を選任し（任意後見契約法4条1項2号）、法定後見開始の審判を取り消すことになります（同条2項）。

3 法定後見と任意後見の優劣を判断する際の枠組みと考慮要素

(1) 前記2(1)のとおり、任意後見契約法が、原則として任意後見を法定後見に優先させるのは、本人の意思が反映された任意後見契約に基づく保護を優先させることが、本人の自己決定権の尊重に資すると考えられるためです。

そうすると、任意後見契約法10条1項又は4条1項2号にいう、法定後見の開始又は継続が「本人の利益のために特に必要であると認めるとき」とは、任意後見契約の効力を否定して本人の自己決定権が尊重されない結果となつたとしても、なお法定後見による本人の保護を優先させるべき特別の必要性があることを意味するものと解されます³。

(2) 「本人の利益のために特に必要であると認めるとき」の例としては、①任意後見契約で定められた代理権の範囲が狭いが、本人の判断能力が減退・喪失しており、任意の授権を追加で行うことが難しい場合や、②同意権・取消権を行使して本人を保護する必要がある場合が挙げられています⁴。しかしながら、現実には、上記①②を任意後見監督人選任申立ての理由とする事案は少數であり、むしろ、前回ご紹介したような親族間紛争がある事案において、親族の一方が任意後見監督人選任申立てを行ったのに対し、対立するもう一方の親族が法定後見開始申立てを行い、任意後見受任者の任意後見人として

³ 任意後見契約法4条1項2号、10条1項は、特別養子縁組の要件に関する民法817条の7の「子の利益のために必要があると認めるとき」と同様、特別の必要性を要件とする趣旨の規定とされている（前掲注1・小林ほか287頁（注2））。

⁴ 前掲注1・小林ほか286、287頁。

の適格性を争う事案が多いように思われます⁵。このようなケースで、家庭裁判所は、任意後見契約法の趣旨を踏まえ、本人の自己決定権をできる限り尊重しつつも、上記①②以外の諸般の事情も考慮して、本人の自己決定よりも法定後見による本人の保護を優先させるべき特別の必要性があるか否かを判断することになります。具体的にどのような事情を考慮するかについては、

- 後記4の裁判例を参照しながら説明していきたいと思います。

4 法定後見と任意後見の優劣が問題とされた裁判例

以下では、法定後見と任意後見の優劣が問題となった裁判例を紹介します。なお、法定後見と任意後見の優劣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、前回取り上げた裁判例と同様、その位置付けについては注意が必要です。

(1) 大阪高決平成14年6月5日・家月54巻11号54頁

ア 事案の概要

夫婦である本人A及び本人Bについて、その長男である申立人Yが、保佐開始を申し立てた後、二男Xを本人A・Bの任意後見受任者とする任意後見契約が登記されました。原審（神戸家裁尼崎支審平成13年7月2日・家月54巻11号58頁）は、任意後見契約には全く触れることなく、本人らについて保佐を開始し、長男Yと二男Xとの間に争いがあることを理由に、本人A・Bの保佐人に第三者弁護士を選任する旨の審判をしました。これに対し、二男Xが、本人A・Bと二男Xは任意後見契約を締結しているのに、特段の理由を示さないで保佐を開始した原審判は違法であるなどと主張して、即時抗告をした事案です。

イ 裁判所の判断

⁵ 立法担当官も、前掲注1・小林ほか289、291頁において、任意後見契約法4条1項2号に関して、「代理権の範囲または同意権・取消権の必要性、成年後見人等の適格性等の観点から」、法定後見による保護の継続の必要性を判断することを想定している。

裁判所は、任意後見契約法4条2項、10条1項は、任意後見契約を締結した者の自己決定を尊重し、原則として任意後見を優先させるものであるとした上で、同項の「本人の利益のために特に必要があると認めるとき」とは、①任意後見契約所定の代理権の範囲が不十分である、②合意された任意後見人の報酬が余りにも高額である、③同法4条1項3号ロ・ハ⁶所定の任意後見を妨げる事由があるなど、任意後見契約によることが本人保護に欠ける結果となる場合を意味すると解される旨判示しています。

その上で、裁判所は、原審が「本人の利益のために特に必要があると認めるとき」との要件について、何ら判断を示しておらず、積極的な審理・調査を尽くしていないとして原審判を取り消し、差し戻しました。

ウ 検討

裁判所は、一般論として、任意後見契約法10条1項の「本人の利益のために特に必要があると認めるとき」とは、法定後見よりも任意後見を優先させることで本人の保護を十分に図れない場合を意味すると判示し、その具体例として、②任意後見人の報酬が余りにも高額である場合、③同法4条1項3号ロ・ハ所定の事由がある場合を挙げています。

上記②は、任意後見契約の内容の不当性を指摘するものといえます。法定後見と任意後見の優劣が問題となるのは、本人に意思能力や契約意思が欠けるとはいえないとして、任意後見契約が一応有効なものと判断された場合ですので、本人の意思に基づき締結された契約の内容を問題とするのは、自己決定権の尊重の理念と反するようにもみえます。しかし、任意後見が判断能力の減退・喪失した本人を保護するための制度である以上、本人の意思に基づき締結された契約の内容が本人の利益を損ねるものである場合には、本人

⁶ 任意後見契約法4条1項3号ロは「本人に対して訴訟をし、又はした者及びその配偶者並びに直系血族」であり、同ハは「不正な行為、著しい不行跡その他任意後見人の任務に適しない事由がある者」である。

保護のために、任意後見よりも法定後見を優先させるべき事案があると考える余地もあるように思われます。

上記③は、任意後見人の適格性の欠如を指摘するものといえます。任意後見契約法4条1項3号ロ及びハは、任意後見人として適格性を欠く者を列挙しており、任意後見監督人選任申立事件においては、これらに該当する者が任意後見受任者である場合には、申立ては却下されます。このように同号ロ及びハは、任意後見契約発効の障害事由とされていますから、これらに該当する場合には、任意後見よりも法定後見を優先することが相当であると考えられます。

(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

前回、任意後見契約の有効性について判断した裁判例としてご紹介した事案です。この事案では、本人Cが、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、長男Xが本人Cにつき後見開始の申立てをし、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ています。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）が、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否かが第一の争点となりましたが、この点については、前回説明したとおり、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、意思能力を欠いていたとまでは認められないと判断され、任意後見契約法10条1項の「本人の利益のために特に必要があると認めるとき」に該当するかが第二の争点となっています。

イ 争点に対する裁判所の判断

この事案において、本人Cは、当初は長男Xと同居していましたが、平成

22年頃、長女Yによって同人宅へ連れて行かれ、平成23年以降は、長女Y宅に住所を置きながらも通所デイサービス及び夜間サービスを利用し、主に介護施設で過ごしていました。

裁判所は、第二の争点の判断に当たり、まず、①長女Yの本人の財産への関わりについて検討し、⑦本人名義の預貯金口座から、本件契約締結前に900万円が出金され、長女Y名義の預貯金口座に入金され、本件契約締結後に500万円が出金され、二女D名義の預貯金口座に入金されたことを指摘した上で、入出金についての長女Yの説明を排斥し、本人の財産を取り込んだといわれても仕方がないと評価しています。また、裁判所は、①長女Yとの同居後に本人名義の預貯金口座から多数回の出金がされていることを指摘し、個々の出金についても、生活費としては高額で、かつ出金の仕方が不自然であり、弁護士費用や介護費用に充てたという長女Yの説明にも疑問があるとしています。さらに、裁判所は、⑦本件契約締結後、長女Yが、委任契約及び本件契約の受任者として、本人から月額10万円の支払を受けていることについても、本人の世話はほとんど介護施設がしている上、長女Yは、本人の預貯金を移動させているだけで、本人の利益になるような財産管理をしているとはいえないと指摘し、報酬として相当といえるか疑問があると述べています。

次に、裁判所は、②長女Yによる本人の療養看護について検討し、長女Yが本人の生活・療養看護を介護施設にほぼ任せており、その関心は専ら本人の財産の管理にあると考えられることによれば、長女Yに本人の適切な療養看護を期待するのは困難であるとしています。

その上で、裁判所は、③本人の推定相続人である長男X、長女Y及び二女Dの関係に触れ、上記3名の間に、本人の財産管理・療養看護をめぐって深刻な対立があること、本件契約の締結が、長男Xが長女Yに対し、本人の状況及び財産状況を内容証明郵便で問い合わせてから約1か月後であること等を

指摘して、長女Yに任意後見人としての事務を行わせることは適切でないし、その必要性もないとしています。

そして、上記①ないし③によれば、任意後見契約法10条1項の「本人の利益のために特に必要があると認めるとき」に当たると認められる事情が存在すると結論付けています。

ウ 検討

本裁判例は、任意後見受任者である長女Yが、本件契約締結前後に不適切な財産管理をしており、かつ本人の世話をほとんど介護施設に丸投げにしていて適切な療養看護を期待できないことを任意後見契約法10条1項該当性判断の根拠としており、前記(1)の裁判例と同じく、同項にいう「本人の利益のために特に必要があると認めるとき」に、任意後見受任者が任意後見人としての適格性を欠く場合が含まれることを端的に指摘するものといえます。裁判所が任意後見人の適格性を判断するに当たっては、本人の財産の費消・管理の状況に関する客観的な資料等に基づき、また、本人の健康状態（介護を要する程度等）や任意後見受任者による実際の療養看護の状況等を踏まえて、任意後見契約の締結前後を通じて、任意後見受任者による本人の財産管理・身上監護に不適切な点がないかを認定・判断することが多いように思われます。

また、本裁判例では、推定相続人間に本人の財産管理・療養看護をめぐつて深刻な対立があることが、長女Yを任意後見人に選任するのが適切でない理由とされていますが、親族間に深刻な対立があるだけでは、およそ親族を任意後見人とすべきでない理由とはいえないと解されます⁷。本事例では、推定相続人間の深刻な対立が長女Yの不適切な行為によって引き起こされた点

⁷ 例えば、適切に本人の財産管理・身上監護を行っている親族甲と、これに対し理由のない不服・不満を述べる親族乙が対立している場合に、親族間に深刻な対立があるという理由で、親族甲を任意後見人に選任しないのは、本人の自己決定権の尊重及び本人の保護のいずれの観点からも、適切とはいえないと思われる。

を考慮して、長女Yの任意後見人としての適格性が判断されているように思われます。

5 終わりに

任意後見と法定後見のいずれを優先させるべきかが問題となる事案では、親族間に深刻な紛争がある場合が多く、法定後見による保護を開始し又は継続することが「本人の利益のために特に必要であると認めるとき」に該当するかどうかを判断するに当たっては、任意後見人の適格性を中心に検討すべき場合が少くないようと思われます。

弁護士として、紛争を抱えた親族から任意後見又は法定後見の利用について相談を受けた場合、任意後見と法定後見の優劣が問題となる可能性があることを見据えて、親族間の紛争の実態を客観的な資料に基づき精査し、家庭裁判所が任意後見人の適格性に関してどのような判断を示すか、十分な見通しを立てておくことが重要だと考えられます。

第10回のテーマは、「任意後見監督人選任申立てについて」です。

今回は任意後見契約の効力を発生させるための任意後見監督人選任申立てをする際に必要な書類についてご案内します。

1. 申立書（申立手数料として800円分の収入印紙、登記手数料として1400円分の収入印紙、予納郵便切手3950円分も必要）
2. 診断書（「鑑定についてのおたずね」を含む）
3. 申立人の住民票（申立人が任意後見受任者の場合）
4. 申立人の戸籍謄本（申立人が任意後見受任者以外の場合）
5. 本人の戸籍謄本、住民票
6. 任意後見契約の登記事項証明書
7. 法定後見の登記されていないことの証明書
8. 任意後見契約の公正証書の写し
9. 本人に関する照会書
10. 親族関係図
11. 財産目録及び収支予定表
12. 財産関係等の裏付資料

上記7について、任意後見監督人選任の審理においては、法定後見の開始審判の有無を確認する必要がありますので、忘れずに提出をお願いします。

各書式は大阪家裁後見センターのホームページからダウンロードができますのでご利用ください。