

松 山 大 学 論 集
第 35 卷 記 念 号 抜 刷
2 0 2 3 年 12 月 発 行

任意後見契約と法定後見の競合
—— 任意後見契約法 10 条 1 項を題材として ——

渡 辺 幹 典

任意後見契約と法定後見の競合

—— 任意後見契約法 10 条 1 項を題材として ——

渡 辺 幹 典

目 次

- 1 はじめに
- 2 立法担当者の見解
- 3 判例の検討
- 4 学説における議論
- 5 私見
- 6 おわりに

1 は じ め に

法定後見の対象となっている者につき任意後見監督人を選任する場合、家庭裁判所は法定後見開始の審判を取り消さなければならないとされ（任意後見契約に関する法律（以下、「法」と表記）4条2項）、任意後見契約が登記されている場合には、「本人の利益のため特に必要があると認める」例外的な場合のみ、法定後見開始の審判をすることができるとされている（法10条1項）。これは、任意後見制度が当事者による任意の契約（任意後見契約）に対する本人保護を目的とする「必要最小限の公的関与」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スキームについてオプションを増やすことが制度設計の基本目的となっている¹⁾ことから、法定後見に優先するものとされたからであると説明される。

しかし近年、任意後見契約と法定後見の競合が裁判の場で争われる事例が報告されている（3、参照）。そのような場合、立法趣旨に則って判断すれば原

則として任意後見契約が優先するはずであるが、それらの判例の中には、任意後見契約に対して法定後見が優先すると判断したものも複数存在する。それらは、判断能力の衰えた本人を巡り、親族のある者がなした法定後見の申立てに反対する他の親族が本人と任意後見契約を締結し、法4条2項および法10条1項の規定を根拠に任意後見契約の優先を主張するものである²⁾。

後述するように（4、参照）、この、いわば「任意後見契約の濫用」³⁾とも評価される事案について、多くの学説は、任意後見契約が存在していても法定後見による本人保護を優先すべきであるとする。従来、法10条1項により法定後見開始の審判がなされるのは、任意後見人の権限が本人保護のために不十分であり、任意後見契約に拠ったのでは本人を保護できない場合であると考えられてきた（2、参照）。しかし「任意後見契約の濫用」とされる事例では、判例・学説は、形式的には任意後見契約により本人保護を図ることができる場合であっても、他の事由により任意後見契約ではなく法定後見による本人保護が適切であるとして、法定後見による本人保護を優先する。このことは、法10条1項が規定する「本人の利益のため特に必要があると認める」場合について、当初、立法担当者の想定していた「任意後見人の権限不足」とは異なる場合が存在することを示唆していると考えられる。

本稿は、裁判例に現れた「任意後見契約の濫用」と考えられる事案およびそれに対する裁判所の判断、ならびにこれまで公開された論稿を概観し、そのような濫用事例において、任意後見人の権限不足以外のいかなる要件が存在する場合に「本人の利益のため特に必要があると認める」ことができるのかにつき、私見を展開しようとするものである。

2 立法担当者の見解

任意後見と法定後見の関係について、立法担当者は、「本人の自己決定を尊重し、かつ、両者の権限の抵触・重複を回避するため、任意後見契約が締結されている場合には原則として任意後見による保護を優先させるとともに、両者

が併存することのないような法的枠組みを設計する」⁴⁾ が必要であると述べる⁵⁾。任意後見が法定後見に優先するとした理由は、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する趣旨であるとしている⁶⁾。

そのため、既に任意後見契約を締結している成年被後見人、被保佐人または被補助人について任意後見監督人を選任する場合には、家庭裁判所は当該本人に係る後見開始、保佐開始または補助開始の審判を取り消さなければならない（法4条2項）。また任意後見契約が登記されている場合には、家庭裁判所は原則として法定後見（後見・補佐・補助）の開始の審判をすることができず、本人の利益のため特に必要があると認めるときに限り法定後見の開始の審判をすることができるものとし、法定後見の開始の審判がされたときは、すでに効力の発生している任意後見契約は当然に終了するものとされた（法10条）。立法担当者は、「本人の利益のため特に必要があると認めるとき（法10条1項）」との規定を、「特別養子縁組の要件に関する民法八一七条の七の『子の利益のため特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」と説明し⁷⁾、具体例として、①本人が任意後見人に授権した代理権の範囲が狭すぎるうえ、他の法律行為について法定代理権の付与が必要であるが、本人の精神の状況が任意の授権の困難な状態にある場合、②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る⁸⁾。

3 判例の検討

任意後見のメリットは自己決定権の尊重であり、本人の健全で自由な意思による任意後見人の選定と、任意後見人に託する権限等の契約内容の決定ができ、これによって安心して老後を迎えることができるという点にあるとされてきた⁹⁾。それゆえ、任意後見と法定後見のいずれが優先されるべきかという問題に対し、立法担当者は、任意後見契約が存在する場合、当事者の意思を尊重する趣旨で、原則として任意後見が法定後見に優先するとし、法定後見が開始されるのは、任意後見契約に定められた内容によっては本人の保護が十分でない

場合など、例外的な場合に限られるとしたのである。

ところが、実際に判例に現れた紛争は、立法担当者が想定していなかったものであったといえる。以下、当該紛争事案に関する判例を概観する。

(1) 判例

筆者が確認できた、法10条1項に関し、任意後見と法定後見が競合する判例は、以下のとおりである。

判例① 札幌高裁平成12年12月25日決定（家庭裁判月報53巻8号74頁）¹⁰⁾

長女により補助開始の審判および代理権付与の審判の申立てがなされた後に、本人が実妹と任意後見契約を締結し、その登記がなされた事案である。

判例①の原審（札幌家裁平成12年10月4日審判・家庭裁判月報53巻8号80頁）は、本人の事理弁識能力につき、「精神上の障害により事理を弁識する能力が不十分であって、補助類型に該当することを窺うことができる」とし、判例①も、原審を引用しつつ、医師の診断書において、本人の判断能力についての意見として「自己の財産を管理・処分するには、援助が必要な場合がある」に該当するものと判定されていることを述べている。しかし判例①は、本人が補助開始の審判に対する同意を撤回し、本人の財産につき任意後見受任者に管理が委ねられる手筈が整えられている本件においては、「本人のため特に必要があると認めるべき事情」を見出しがたいとし、補助開始の申立てを却下した原審を相当とした。

判例② 大阪高裁平成14年6月5日決定（家庭裁判月報54巻11号54頁）¹¹⁾

次男が保佐開始の審判を申立てた後、保佐開始の原審判がなされる前に、本人が長男と任意後見契約を締結し、かつ、その登記もされた事案である。

判例②は、本件では、締結された任意後見契約の無効原因をうかがうことができず、また保佐開始の申立て後であっても任意後見契約が登記されたときは、

保佐を開始するためには「本人の利益のため特に必要がある」ことを要するが、「本人の利益のため特に必要がある」とは、諸事情に照らし、任意後見契約所定の代理権の範囲が不十分である、合意された任意後見人の報酬額が余りにも高額である、法4条1項3号ロ、ハ所定の任意後見を妨げる事由がある等、要するに、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とし、原審において、この点の積極的な審理・調査が尽くされたと認められないとして、保佐を開始した原審を取り消し、差し戻した。

判例③ 大阪高裁平成24年9月6日決定（家庭裁判月報65巻5号84頁）¹²⁾

任意後見契約を締結していた本人につき、長男が本人の利益のために後見を開始する必要があるとして後見開始の申立てをなし、他方で任意後見受任者である長女が任意後見監督人選任の申立てをした事案である。

判例③は、任意後見契約締結当時、本人の意思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しつつ、任意後見受任者の本人の財産および本人の療養看護への関わり、並びに本人の推定相続人である抗告人（長男）と任意後見受任者らの間に深刻な対立があるなど判示の事情の下では、「本人の利益のために特に必要があると認められるとき」に当たると認められる事情が存在するとして、後見開始の申立てを却下した原審を取り消し、差し戻した。

判例④ 福岡高裁平成29年3月17日決定（判例時報2372号47頁）¹³⁾

任意後見受任者である本人の長女による任意後見監督人選任申立ての直後に本人が任意後見契約を解除し、本人が長男と任意後見契約を締結したことから、長女が申し立ての趣旨を法定後見開始に変更し、長男が任意後見監督人選任を申し立てた事案である。

判例④は、長男は本人との間で利害が対立する関係にあるといわざるをえず、任意後見受任者としての適格性を有しないこと、また長男と長女は本人を巡っ

て対立関係にあり、本人はその間に挟まれて苦悩しているというべきであり、そのような中でその一方に包括的な代理権を付与するのは、対立を激化させる原因となり相当ではないことを指摘して、法定後見を開始するのが本人の利益のために特に必要があるとして後見を開始するとともに任意後見監督人選任申立てを却下した原審を相当とした。

なお、判例④の原審（福岡家裁平成28年10月27日審判・判例時報2372号51頁）は、任意後見契約締結の際に必要な意思能力につき、本人が代理権の個別具体的な内容を全て理解することまでは必要ではなく、受任者が本人に関する包括的な権限を獲得し、本人がしたであろう一切の事項を本人の財産についてすることができ、本人が意思無能力となっても権限は継続することさえ理解することができれば契約は有効というべきであるとする。

判例⑤ 高松高裁令和元年12月13日決定（判例時報2478号70頁）¹⁴⁾

本人の二女による後見開始の審判の申立て（後に保佐開始および代理権付与の審判の申立てに変更）がなされた後、本人が孫との間で任意後見契約を締結し、かつ、その登記もされた事案である。

判例⑤は、本人が任意後見契約締結当時、意思能力を欠いていたとは認められないから、本件任意後見契約は有効であるとしたうえで、「本人の利益のため特に必要があると認めるとき」とは、①任意後見人の法的権限が不十分な場合、②任意後見人の不当な高額報酬の設定など任意後見契約の内容が不当な場合、③法4条1項3号に該当するように受任者に不適格な事由がある場合、④任意後見契約の有効性に客観的な疑念のある場合、⑤本人が法定後見制度を選択する意思を有している場合など、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いうものと解するのが相当であるとする。これを本件についてみると、認定事実によれば、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とは認められないとして、保佐を開始した原審判を取り消し、保佐開始の審判の申立てを却下した。

判例⑥ 水戸家裁令和2年3月9日審判（判例時報2490号44頁）¹⁵⁾

本人の養子から後見開始の審判の申立てがされた後、本人と任意後見契約を締結した弁護士から任意後見監督人選任の申立てがされた事案である。

判例⑥は、本件の事情のもとでは、同意権、取消権のない任意後見制度では、本人の保護の万全を期すことができるか問題があり、後見を開始することが「本人の利益のため特に必要がある」というべきであるとして、後見開始の審判の申立てを認容し、任意後見監督人選任の申立ては、理由がないとして却下した。

（任意後見契約の有効性については言及せず）

判例⑦ 広島高裁令和2年8月3日決定（判例時報2495号63頁）¹⁶⁾

本人の妻からの保佐人選任の審判申立てに対して、抗告提起後に本人が実兄と任意後見契約を締結し、登記がされたことで、本人が保佐開始より任意後見契約が優先すると主張した事案である。

判例⑦は、法10条1項の要件につき、「諸事情に照らし、任意後見契約所定の代理権の範囲が不十分であるとか、本人について同意権・取消権による保護が必要な場合など、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」とする。これを本件についてみると、精神上の障害により事理を弁識する能力が著しく不十分である本人の精神状態に鑑み、同意権・取消権による保護が必要として、「本人の利益のため特に必要がある」と認められるとして抗告を棄却した。

（任意後見契約の有効性については言及せず）

（2）判例の分析

- i) 任意後見契約そのものの有効性について＝契約締結時の本人の意思能力、事理弁識能力

これまで現れた判例では、任意後見契約と法定後見の申立ての関係を論ずる

前提として、問題となった任意後見契約が有効かどうかを検討しているものが多い。そもそも任意後見契約締結時に本人が意思能力あるいは事理弁識能力を欠いている場合には、その任意後見契約は無効であり、法定後見との競合の問題は生じない¹⁷⁾

判例①は、任意後見契約が有効であることを前提に補助開始の審判の申立てを却下しており、判例②～⑤は、いずれも任意後見契約については有効に締結されたものと判断している。判例⑥および⑦は、本人の判断能力には直接言及していないが、任意後見契約が有効であることを前提とした判断をしている。

ii) 「本人の利益のため特に必要がある」か否か

a) 必要があるとされる場合の判断基準

法10条1項が規定する「本人の利益のため特に必要がある」場合について、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する点で、判例は一致している。しかし具体的な判断基準を挙げるものは少なく、全ての判例が個別の事案ごとにその必要性を判断している。その中でも、判例②は、「諸事情に照らし、任意後見契約所定の代理権の範囲が不十分である、合意された任意後見人の報酬額が余りにも高額である、法4条1項3号ロ、ハ所定の任意後見を妨げる事由がある」場合、判例⑤は、「任意後見人の法的権限が不十分な場合、任意後見人の不当な高額報酬の設定など任意後見契約の内容が不当な場合、法4条1項3号に該当するように受任者に不適格な事由がある場合、任意後見契約の有効性に客観的な疑念のある場合、本人が法定後見制度を選択する意思を有している場合」、判例⑦は、「諸事情に照らし、任意後見契約所定の代理権の範囲が不十分であるとか、本人について同意権・取消権による保護が必要な場合」を挙げる。

b) 必要があるとされた事案

判例のうち、「本人の利益のため特に必要がある」として法定後見を優先したのは、判例③、判例④、判例⑥、判例⑦である。「特に必要がある」とした

理由として、判例③は、任意後見受任者の本人の財産および本人の療養看護への関わり、並びに本人の推定相続人と任意後見受任者らの間に深刻な対立があること、判例④は、任意後見受任者の適格性、親族間の対立に本人が苦悩している中でその一方に包括的な代理権を付与することの不適切さ、判例⑥および⑦は、それぞれの事案において、本人保護のために同意権・取消権が必要であることを挙げている。

c) 必要がないとされた事案

他方、法10条1項の「本人の利益のため特に必要がある」場合に当たらないとしたのが、判例①、判例⑤である。その理由として、判例①は、補助相当の事理弁識能力と考えられる本人が補助開始の審判に対する同意を撤回し、本人の財産につき任意後見受任者に管理が委ねられる手筈が整えられていること、判例⑤は、認定事実によれば、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とは認められないことを挙げる。

4 学説における議論

(1) 一般論としての判断基準

法定後見が任意後見契約に優先する場合について、学説は判例に対する評釈を通して議論してきたといえる。法定後見が任意後見に優先する「特に必要がある場合」について、立法担当者が挙げる二つの場合（2. 参照）のほか、多くの学説は一般論として「法定後見と任意後見のどちらが『本人の利益』になるかという観点から判断されるべき¹⁸⁾」、あるいは「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¹⁹⁾」など、本人保護のために任意後見より法定後見が必要である場合であるとする。

(2) 具体的判断基準

i) 本人の意思能力、事理弁識能力

法定後見と任意後見の優劣を論ずる前提として、任意後見契約が有効に締結

されていることが必要となる。任意後見契約締結時に本人が意思能力を具備していなければ、当該契約は無効とされるが、条文上は法定後見の本人であっても任意後見契約を締結できると解されている²⁰⁾ 任意後見契約法の立法当者は、補助制度の対象者でも、契約締結の時点において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、契約締結後直ちに任意後見監督人を選任することにより、当初から任意後見人による保護を受けることができるとする²¹⁾。

また開始の審判のために本人の同意を必要とする補助と必要としない保佐の差異に着目し、法定後見申立時の本人の事理弁識能力が著しく不十分（＝保佐相当）である場合には、本人保護の理念を優先して法定後見を開始するが、本人の事理弁識能力が不十分（＝補助相当）にとどまる場合には、本人の自己決定を優先し、補助開始の審判について本人の同意がないときは任意後見による保護を優先させるべきであるとする見解²²⁾ もみられる。

他方で、法3条が任意後見契約は公正証書によってしなければならないとしているのは、公証人が原則として本人と面接することにより、本人の事理弁識能力および任意後見契約を締結する意思を確認させるため²³⁾ あるいは、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ため²⁴⁾ であるとされる。しかし実際には、公証人としても本人の意思無能力を確信できない場合には、嘱託拒絶を躊躇せざるを得ないとの指摘²⁵⁾ もある。

ii) 任意後見契約の締結時期

学説では、任意後見契約が締結された時期、特に法定後見開始の申立て後に任意後見契約が締結された場合について問題視する見解が多い。たとえば、「法定後見開始審判の申立の後、あたかもこれを回避する手段として締結・登記されたかのような任意後見契約について、これを右と同様の関係（任意後見に対

する法定後見の補充性により、原則として、任意後見契約が締結・登記されているならば、法定後見を開始することはできないということ（筆者注）として位置付けることが適正であるといえるか、疑問である。』²⁶⁾「法定後見開始の申立て後に、その対抗手段として任意後見契約が締結されるような、いわゆる任意後見契約の濫用とも考えられるような場合には、……慎重な判断が必要となろう。』²⁷⁾「法定後見開始の申立てをした親族に対する対抗措置として他の親族が任意後見契約を締結しても、そのことのみをもって「本人の利益のために特に必要がある」と認めることにはならないであろうが、このような場合の特別の必要性の判断はより慎重に行うべきことになろう。』²⁸⁾との指摘がなされている。

iii) 親族間の対立

任意後見契約の締結時期の問題は、その背後にある親族間の対立・紛争と結びつく。法定後見を申し立てた親族に対立する親族が、法定後見の開始を妨げるために、自分を任意後見受任者とする任意後見契約を本人と締結するからである。それでは、親族間に対立があることが「本人の利益のために特に必要がある」と認める事由となるか。学説では、「本件は任意後見受任者の説得、子相互の人間関係悪化を懸念した親の意思表示であるとすれば、この意思を尊重することが真の本人の利益保護に有益か問題である。』²⁹⁾「本人の財産管理をめぐって親族間に激しい対立が生じている……状況において締結される任意後見契約については、それが本人の意思に基づくものかどうかについても慎重な判断を要する。』³⁰⁾との見解がある。

また、「本来のあり方としては、任意後見を優先しつつ後見監督の実効性を期するということであろうが、上記のような（利害が対立し、法定後見派と任意後見派に親族が分かれて争う（筆者注）二派分裂状態に立ち至った場合は、公平な第三者の後見を要する事態である場合もありうる。』³¹⁾あるいは「基本的には、まさに家族の者が不仲であるという場合にこそ、こうした争いを回避す

るために任意後見制度が用いられるべきである」が、「家族の者の間で誰が親の財産を管理するかで紛争が生じているような場合には……現に家族が管理している被保護者本人の財産について、その管理が不適切であり、その発覚を免れようとしているような場合等、任意後見契約が濫用されていると考えられるような場合には、例外的に「本人のため特に必要がある」場合に該当する」³²⁾など、任意後見優先を原則としつつも親族間の対立する事案においては、場合によっては法定後見がなされるべきであるとする見解もみられる。その一方で、「家族間の不和」のような、本人の社会的環境要因については、独立の判断要素とする必要まではないとの見解³³⁾もある。

iv) 任意後見人の適格性

任意後見契約法は、その4条1項ただし書3号において、任意後見監督人が選任されない場合を規定している。特に任意後見受任者が「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」である場合を規定する3号は、それ自体が法定後見を優先すべき事情となるとされ³⁴⁾先に見た判例（判例②、⑤）においても「本人のため特に必要がある」場合とされている。学説においては、その他に「本人のため特に必要がある」場合として任意後見人の適格性を挙げる見解³⁵⁾も見られる。この見解は、適格性が問題となる場合として、任意後見受任者による本人の財産管理に不適切と思われる事情がある場合³⁶⁾および任意後見受任者がもっぱら財産管理にのみ関心を示し、身上監護が不十分となる可能性がある場合を挙げる³⁷⁾また、本人と利害が対立する者を任意後見受任者・任意後見人とすることを避けるべきであるとの指摘³⁸⁾もある。

任意後見人の適格性が問題とされる場合として、任意後見契約締結の際、または締結後において、任意後見受任者が成年制限行為能力者であることを挙げる見解³⁹⁾も見られる。

v) 「任意後見契約の濫用」

法定後見が優先するための要件として、任意後見契約の濫用を挙げる見解もみられる。ある見解は、「濫用的事案においては、任意後見優先原則を形式的に貫徹せずに、法定後見の発動を認め、専門職後見人による適切な保護を図る必要がある」⁴⁰⁾と述べる。しかし何が「任意後見契約の濫用」に当たるかを子細に検討していくと、たとえば「法定後見開始の審判申立て後に、その対抗手段として任意後見契約が締結されているような、いわゆる任意後見制度の濫用とも考えられるような場合」⁴¹⁾「現に家族が管理している被保護者本人の財産について、その管理が不適切であり、その発覚を免れようとしているような場合」⁴²⁾など、既に本節において述べてきた諸類型が「任意後見契約の濫用」の問題と評価されていることが分かる。

(3) 「比較考量アプローチ」と「分析的アプローチ」

i) 比較衡量により決定するとする見解（上山説）

これまで検討してきた諸見解は、法定後見が任意後見に優先する「特に必要がある場合」について、いわば個々の要素に分解して検討してきたものである。これに対し、「特に必要がある場合」とは、比較衡量に基づいて当該時点において法定後見を開始する方が本人の利益になる場合である、すなわち、任意後見に対して単に比較優位性が認められれば良いとする見解（上山説）⁴³⁾がある。

上山説は、近時の学説が主張する任意後見制度優先の原則の抑制的解釈を支持しつつ、その根拠を任意後見と法定後見の差異の相対化に求める。上山説は、その理由を次のように述べる⁴⁴⁾すなわち、立法担当者が任意後見制度優先の原則について強調したのは制度選択に関する自己決定の保障の側面であり、自己決定の尊重という視点からみた任意後見を選択する意義は「支援者（任意後見人）の自己決定性」に加えて「支援範囲（代理権の内容・範囲）の自己決定性」、「法定後見の利用に伴う行為能力制限のリスク排除」であるとする。このうち「支援範囲（代理権の内容・範囲）の自己決定性」については、代理権の

範囲を限定すれば法定代理への移行を必要とする場面の増加を招き、他方、包括的な代理権を付与すれば本人が支援範囲を選択する意味を希薄化させることになる。また「法定後見の利用に伴う行為能力制限のリスク排除」も同様に、事後的に行為能力制限による保護の必要性が認められ、法定後見への移行が生じれば、結果的に本人の事前の決定が覆されることになる。しかし任意後見への能力制限導入は、任意後見の優越性の根拠である本人に対する制約の少なさという利点を失わせることになり、ひいては任意後見と法定後見の差異をさらに相対化し、事前の自己決定による制度選択の意味を限りなく希薄化させることになる。その結果、任意後見が法定後見に優先する根拠は、本人が任意後見人を自分で決定する点に尽きることとなり、任意後見が法定後見に比べて自己決定の要素が大きいという論拠は、既に大きく崩れている。ただし、この相対化は、「法定後見における自己決定要素の強化」という方向性を基礎に据えて追求していく必要がある。特に本人に法定後見選択の意思が存在している場合には、「いま・ここでの新たな自己決定」として尊重されるべきであるとする。

ii) 具体的な保護の必要性がある場合に法定後見を発動すべきとする見解（熊谷説）

必要性の判断を法定後見と任意後見のいずれが本人にとって有益かで判断する「比較考量アプローチ」から説明しようとする上山説に対し、そこで考慮される要件を分析し（「分析的アプローチ」）、法10条1項の局面で本来問題となるのは任意後見人の法的権限の不足だけであり、法10条1項は具体的な保護の必要性がある場合に限って法定後見が発動することを定めたものであるとする見解（熊谷説）がある。

熊谷説は、「比較考量アプローチ」で取り上げられる諸要素が、なぜ法10条1項の必要性要件該当性を判断する際に考慮されなければならないのか、また、どのような形で考慮されるべきなのか、については必ずしも明らかでないとする⁴⁵⁾。

熊谷説は、法10条1項が問題となる局面で任意後見契約の有効性が考慮される理由につき、次のように述べる⁴⁶⁾ すなわち、任意後見契約の有効性に関し、本人の判断能力低下後に、任意後見契約の有効性が問題となる場合には、本人に代わって成年後見人等、その代理人が判断すべきと考えられるが、法10条1項があるために後見等を開始できず、そのような代理人が制度上存在しえない状況になる。本来、意思無能力による無効は本人側からのみ主張できると解されているが、法10条1項が問題となる局面で、申立人に意思無能力による無効の主張を認め、任意後見契約の無効・取消しを考慮することは、このような制度上の欠陥を埋める機能を果たすことになる。このように解する場合、無効・取消しの主張を行うことが、本人の意思尊重義務・身上配慮義務に照らして妥当か否かという点も考慮して、任意後見契約の有効性を判断すべきことになる。またこのような理解が可能であるとすると、法10条1項が問題となる局面において任意後見契約の有効性を考慮しうるのは、本人が自分で取消し等を行うことができない、判断能力が後見相当にまで低下した場合に限られるとする。

また同様に、任意後見受任者の不適格性が考慮される理由につき、次のように述べる⁴⁷⁾ すなわち、この要素が考慮されないとすれば、他に問題がなければ、後見開始の審判等の申立ては却下されることになる。そして後見開始の審判等が申し立てられている場面では、本人の事理弁識能力が不十分な状態にあると考えられるから、本来であれば任意後見監督人選任の審判が申し立てられることになる。そこで任意後見受任者の不適格性が認められれば、任意後見契約は発効しえず、改めて後見開始の審判等が申し立てられ、それが認められることになろう。法10条1項の必要性要件として任意後見受任者の不適格性を考慮するのは、このような迂遠な手続きを回避するという意義を有することになる。

法10条1項が問題となる局面において任意後見契約の有効性および任意後見受任者の適格性についての考慮を手続きの不備ないし簡略化から生じるいわ

ば判断の先取りと位置付ける場合には、必要性要件で本来問題とされるべきは、法的権限の欠如のみであるといえることができる。

5 私 見

(1) 「任意後見制度優先の原則」の再検討

これまでに公刊された論稿が共通して指摘するのは、法定後見に対する任意後見の優先を一定程度制限する必要があるのではないかという点であった。とりわけ、いわゆる「任意後見契約の濫用」と評価される事案において、任意後見を優先させることに対して批判的な見解が多数を占めていたことは、既に見たとおりである（4、参照）。立法担当者が任意後見を法定後見に優先するとしたのは、「本人の意思の尊重」が任意後見契約の基礎にあるからであった。そうであれば、任意後見契約において「本人の意思」が尊重されない場合には、必ずしも任意後見を法定後見に優先させる根拠とはならない。とりわけ、任意後見契約によって示された「本人の意思」に疑いが生じている場合には、単純に「任意後見だから本人の意思が尊重される」と即断するわけにはいかない。また、上山説が指摘するように、任意後見契約を締結している本人が事後的に法定後見を選択する意思を示す場合もまた「本人の意思の尊重」とするべきであろう⁽⁸⁾。

(2) 法10条1項の「本人の利益のため特に必要があると認めるとき」に関して考慮されるべき要素

それでは、いかなる事情が存在する場合に、法定後見が任意後見に優先すると判断することになるのであろうか。この問題を考える前提として、法10条1項が規定する「本人の利益のため特に必要があると認めるとき」か否かを判断する際に、任意後見人の権限不足以外のいかなる要素を考慮すべきであるかという問題がある。

先に見たように（4、(3)、ii）参照）、熊谷説は、法10条1項の必要性の判

断において考慮される要素を分析し、本来問題とされるのは任意後見人の権限不足だけであるとする。しかし同時に熊谷説は、法10条1項の必要性の判断において、実際には任意後見契約の有効性あるいは任意後見人の不適格性が考慮されていることも認めている。熊谷説によれば、本来、法10条1項の必要性とは異なる次元において判断されるべき任意後見に関する事項が、「手続きの不備ないし簡略化」のため、法10条1項の必要性の判断において考慮されていると考えることになる。しかしそのことは同時に、法10条1項の必要性の判断において、任意後見契約の有効性および任意後見人の適格性に関する要素を考慮しなければならないことを示しているといえるのではないか。たとえばそれらの要素が、法適用上の根拠との関係で考慮することになる「仮託」⁴⁹⁾のものであったとしても、それらを等閑視することにはつながらないというべきである。熊谷説の主張するように、「法10条1項の必要性の判断において本来問題とされるべきは、任意後見人の法的権限の欠如のみである」との指摘は、正しいものであると考える。しかし濫用事例の存在は、「本来問題とされるべき」とはいえない要素もまた、法10条1項の必要性の判断において問題とされる必要性があることを示しているのではないだろうか。先に見た判例およびその評釈においても、任意後見契約の有効性および任意後見人の適格性に関する要素が繰り返し取り上げられていることが、その証左となると考えられる。

(3) 法定後見開始の必要性

法10条1項が規定する「本人の利益のため特に必要があると認めるとき」とは、当該事実関係において本人の利益のため法定後見が必要とされる場合を指すものである。その場合に、なぜ法定後見が必要とされるのか。それは先に締結された任意後見契約によっては本人を保護することができないからである。そのような場合の典型は、立法担当者が述べるように、任意後見人の権限が不足しているため本人の保護が十分ではない場合であろう。別の言い方をすれば、任意後見契約で対処できている、すなわち任意後見人の権限が本人保護

のために十分である限り、法定後見は不要である。

任意後見契約が締結されており、かつ任意後見人の権限が不足していないならば、本来、法定後見は不要なはずである。しかし他の理由により、任意後見契約による本人保護が「不適切」であることがあり得る。「任意後見契約の濫用」という言葉は、それらの状況を指すものと説明できるだろう。任意後見人の権限が十分であっても「任意後見契約の濫用」がある場合は、法定後見の必要性を生じさせることになると考えられる。

判例においても、「本人の利益のため特に必要がある」場合とは「任意後見人の法的権限が不十分な場合」（判例②⑤⑦）であるとする一方で、「任意後見人の不当な高額報酬の設定など任意後見契約の内容が不当な場合、法4条1項3号に該当するように受任者に不適格な事由がある場合、任意後見契約の有効性に客観的な疑念のある場合、本人が法定後見制度を選択する意思を有している場合」（判例⑤）もまた、「本人の利益のため特に必要がある」場合に該当するとしていた。後者は、学説において「任意後見契約の濫用」と評される事例である。

要約すれば、法定後見が任意後見に優先するのは、任意後見契約が本人保護のために不十分である（任意後見人の権限不足）場合、および不適切である（任意後見契約の濫用）場合である。これらの要件がいずれも欠ける場合は、任意後見契約による本人保護が十分であるといえ、法定後見による保護は不要と判断されることになる⁵⁰⁾。反対に、これらの要件のうち一方が欠ける場合には、本人は任意後見契約によって保護されない状況にあると評価でき、本人保護のために法定後見の開始が求められることになる。

(4) 「任意後見契約の濫用」事例において考慮されるべき事項

これまで学説において「任意後見契約の濫用」として議論してきたのは、大別すると①任意後見契約の有効性の問題（本人の判断能力、契約内容など）と、②任意後見人の適格性の問題（本人の財産および療養看護に対する任意後見人

の関わり、親族間の対立など)に分類できると考えられる。以下、それぞれの問題について検討を試みる。

i) 任意後見契約の有効性の問題

a) 本人の判断能力

締結された任意後見契約の中には、高齢となって多少なりとも判断能力が低下してきた場合や、遺産相続絡みで一部の親族からの要請によってその者を受任者とする契約を締結する場合等、本人の意思決定が十分に生かされているか疑問に思えるようなケースもあることが指摘されていた⁵¹⁾。本稿で紹介した紛争事例のすべてが、法定後見申立てに近接した時点で任意後見契約を締結しているものである。法定後見の申立てがなされているという事実は、本人の事理弁識能力に疑いがもたれていることを示していると解することができる。そのような場合に、締結された任意後見契約そのものが有効かどうか、契約締結の能力があったかどうか、「特に必要と認められる」場合の判断において問題となるとの指摘もなされている⁵²⁾。

それでは、任意後見契約を利用しようとする本人には、どのような判断能力が求められるであろうか。この点について、本人が任意後見制度を理解していること、任意後見契約を締結したいという積極的な意思を有していること、本人が契約の内容に自分の希望を反映させる意欲をもち、積極的な検討をおこなったこと、という要件が満たされれば、任意後見契約締結に必要な意思能力はあるとみてよいとする見解⁵³⁾。法定後見システムおよび任意後見システムの概要を一応なりとも理解し比較したうえで、何らかの動機に基づいて任意後見システムを選択して利用することを決定し、任意後見システムを利用するために、受任者(代理人)を特定して代理権の内容を決定し、公正証書の作成を公証人に嘱託する、というプロセスに必要な精神能力を有していなければならないとの見解⁵⁴⁾。①代理人がその権限の範囲内において本人の事務に関し完全な権能を持つこと、②代理人がその権限の範囲内において本人がなし得る行為を

何事でもなしうることを、③任意後見監督人の選任を待って任意後見人の代理権が発生すること、④任意後見監督人選任後においては、任意後見契約の解除に家裁の許可を要すること、以上四つの要件を理解できる能力があれば足りるとする見解⁵⁵⁾ ①任意後見契約締結に足る意思能力、②成年後見制度に関する理解、③任意後見制度利用への積極的な意思、④契約内容の積極的な検討が重要であるとする見解⁵⁶⁾ 法定後見システムおよび任意後見システムの概要を一応なりとも理解し比較したうえで、何らかの同期に基づいて任意後見システムを選択して利用することを決定し、任意後見システムを利用するために、受任者（代理人）を特定して代理権の内容を決定し、公正証書の作成を公証人に嘱託する、というプロセスに必要な精神能力を有しなければならないとする見解⁵⁷⁾ などがある。これらの見解は、任意後見契約締結に必要な意思能力として、いずれも、契約締結に必要な意思能力のほかに、成年後見制度の理解と任意後見契約を積極的に利用しようとする意思が必要であるとし、通常の委任契約よりも高い能力を要求している点で共通する。

しかしこれらの見解とは異なり、任意後見契約の契約締結能力を高い水準に設定すればするほど、自己決定が最も尊重される事前的措置としての任意後見契約を利用できる人が減るというデメリットが存在するとし、誰を任意後見契約の受任者とするのか、また任意後見契約によってどのような法律行為について代理権を付与するのかということについて理解しているかどうかによって判断するのが妥当であるとする見解⁵⁸⁾ も見られる。

他方で、契約締結に必要な意思能力を有していることと、任意後見契約を締結することが適切であるということとは別次元の問題であると指摘し、①本人に任意後見契約締結に必要な意思能力があるのか、②本人が任意後見制度を理解しているのか、③本人が任意後見契約を締結したいという積極的意思を有しているのか、④本人が契約の内容に自分の希望を反映させる意欲を持ち、積極的な検討を行ったか、の四点をクリアできない限り法定後見を優先すべきであるとの見解⁵⁹⁾ が示されている。

任意後見契約も契約である以上、契約内容について理解していることは必要であるが、それ以上に厳格な要件を求めるべきではないと考える。任意後見契約締結のための要件を厳格に解することは、本来推奨されるべき任意後見契約の締結を阻害することにもなり、それは決して望ましいものではない。法定後見においても補助人・保佐人に強制的に代理権を付与する制度設計にはなっていない⁶⁰⁾ことから、後見に至らない程度の判断能力と任意後見契約を利用したいという本人の意思があれば、その任意後見契約は有効として差し支えないのではないか。ただし、保佐開始の審判が本人の同意なしに開始される点を考慮するならば、本人の判断能力が保佐相当である場合には、次節で検討する、本人の意思決定に対する他者の介入の有無は、特に慎重に判断されるべきであろう⁶¹⁾。

本人の判断能力が後見相当にまで低下した場合には、本人保護のために法定後見が必要とされる可能性はさらに高まる。本人の判断能力が後見開始相当にまで至っている場合には、後見開始の審判と任意後見監督人選任のいずれが本人の利益になるかを積極的に検討すべきであるとの指摘⁶²⁾は、傾聴に値しよう。

また任意後見契約が法定後見の申立てに時期的に相当程度先行して締結された場合は、基本的には任意後見契約の内容が本人保護のために十分であるか否かとの点を重視して、法定後見と任意後見のいずれが優先されるべきかが判断されるべきであろう。この場合には、任意後見契約締結に法定後見に対抗するという目的が見られず、「任意後見契約の濫用」のおそれは少ないと考えられるからである。ただし、法定後見の申立ての動きを察知して任意後見契約が締結されたような場合は、「任意後見契約の濫用」の可能性が残る。

任意後見契約締結時に要求される本人の判断能力を以上のように解すると、本人の判断能力と周囲の親族等による誘導や要請の状況によっては、本人の真意と異なる形で任意後見契約が締結される可能性は現実存在する。そのような状況およびその対処については、次節で検討する。

b) 本人の意思決定に対する介入

任意後見契約が、親族等、他者の介在する状況で締結された場合、それが本人の真意であるか、注意する必要がある。本人と同居している家族と任意後見契約を締結する場合、その家族からの強い要請、恫喝、懇願等によって任意後見契約の締結がすすめられたり、あるいは同居家族への後ろめたさから本人が自身の真意を表明することが困難な場合があったりするため、そのような場合には「任意後見契約を利用する本人の意思」が欠けていると判断すべきであるとの指摘⁶³⁾もある。任意後見契約が、契約を締結するための判断能力が本人に認められる状況で締結された場合であっても、これらの場合には本人の意思に基づくものとはいえず、そのような任意後見契約に基づく保護は不適切なものであるとして、法定後見による保護が必要な場合と判断できるであろう。

本人の意思決定への介入を問題とする場合、それに加えて任意後見契約を巡る本人および親族間の紛争も、併せて考慮すべきであると考ええる。実際、判例④では、親族の対立に本人が苦悩している点を指摘して法定後見開始が本人の利益のために特に必要であるとしている。学説においても、親族間の対立がある場合には、その任意後見契約が本人の意思に基づくものか、真の本人保護に有益か、慎重に検討すべきであるとするものが多数であった(4, (2), iii), 参照)。

本人の自由意思に基づいて任意後見契約が締結されたのであれば、それは尊重されるべきものである。しかしそこに他者の介入あるいは影響が存在する場合、果たしてそれが「本人の意思」であるということが出来るかは、慎重な判断が求められる。

ii) 任意後見人の適格性

任意後見人の適格性が問題となる場合として、学説では、任意後見受任者による本人の財産管理に不適切と思われる事情がある場合、および任意後見受任者がもっぱら財産管理にのみ関心を示し、身上監護が不十分となる可能性があ

る場合、本人と任意後見受任者・任意後見人の利害が対立する場合が挙げられていた（4, (2), iv）参照）。従来から、任意後見契約が相続争いの前哨戦として、本人の財産管理の主導権を握る目的で任意後見契約が締結されることがあるとの指摘⁶⁴⁾ がなされているところでもある。そのような任意後見契約は、本人を保護するために締結されるべき任意後見契約の趣旨から逸脱したものであり、不適切なものであるといえるだろう。この点につき、任意後見契約においても、任意後見受任者に対して法6条が定める本人の意思尊重等の義務を適切に履行しうかのチェックがなされるべきであるとの指摘⁶⁵⁾ は、示唆に富むものであると考える。任意後見受任者・任意後見人がこの要件を充たさない場合は、法10条1項の「本人の利益のため特に必要があると認めるとき」と評価できるのではないだろうか。

(5) 小括

法10条1項の「本人の利益のため特に必要があると認めるとき」には、立法担当者が予定していた、任意後見契約が本人保護のために不十分である（任意後見人の権限不足）場合だけでなく、任意後見契約が本人保護のために不適切である（任意後見契約の濫用）場合も含まれる。任意後見契約が本人保護のために不適切である場合であるか否かは、契約締結時における本人の意思決定への介入、および任意後見人の適格性という2つの要素から判断される。任意後見契約が締結された時点で本人に契約締結のための判断能力があり、かつ形式的には任意後見契約により本人を保護することができるとしても、これらの要素が認められる場合には、法10条1項の要件を充たすと考えべきであり、本人の保護のために法定後見が開始されるべきである。

6 お わ り に

任意後見契約は、利用する本人の意思に沿った後見内容を取り決めることができる点が長所であり、法定後見に優先するとされる理由もそこにある。しか

し、尊重されるべきは本人の真の意思であり、任意後見契約自体ではない。任意後見契約がその目的を逸脱した利用をされる場合には、その任意後見契約は法定後見に対する優位性の根拠を失うこととなる。本稿では、法10条1項が規定する「本人の利益のため特に必要があると認めるとき」につき、任意後見人の権限不足の場合に限られるものではなく、「任意後見契約の濫用」の場合も、任意後見契約では本人を保護することができない場合であり、法10条1項の要件を充足するものとして法定後見による保護が必要であることを述べてきた。

成年後見制度および任意後見契約法が成立して早くも20年が過ぎた。しかしこの20年間、成年後見制度は決して順調に発展してきたとはいえない。とくに任意後見の利用者数は、微々たる増加にとどまっている。その理由は種々考えられるところであるが、制度そのものの理念ではなく、その運用に問題があることは間違いないであろう。任意後見契約は本人を保護するものであるとの基本的な立場に立ち、利用促進が図られることを願ってやまない。

注

- 1) 山野目章夫(編)『新注釈民法(1)総則(1)』449頁(新井誠)(有斐閣, 2018年)。
- 2) 奥林潔「任意後見契約の実務とその利用の実情」ケース研究308号11頁, 16頁(2011年)。
- 3) 星野茂「任意後見と法定後見の関係－任意後見人選任をめぐる二つの高裁決定を中心に－」法律論叢80巻1号80頁(2007年), 佐々木健「判批」月報司法書士562号42頁(2018年)。
- 4) 小林昭彦ほか(編著)『新成年後見制度の解説』272頁(きんざい, 2000年)。
- 5) 法定後見と任意後見の併存を認めない理由として、立法担当者は、両者の代理権が矛盾抵触するおそれがあること、仮に保佐人・補助人と任意後見人の代理権が競合しない場合であっても、家庭裁判所が2つの系統に分かれた監督をすることは困難であり、保佐・補助開始の審判に伴う任意後見契約終了の登記の形式的審査において、両者の代理権が競合するか否かを個別具体的に判断することは実務上困難であることを指摘する(小林ほか・前掲注4)276頁)。
- 6) 小林ほか・前掲注4)273頁。ただし、飯島紀昭「任意後見と法定後見について」小野古

希記念『21世紀の家族と法』473頁以下（法学書院，2007年）は，自己決定の尊重という理念が自己目的化して，いわば「暴走」してしまう可能性を指摘し，任意後見優先の原則は決して絶対的なものではないと述べる。本稿で取り上げる任意後見契約と法定後見の衝突の場面も，その「暴走」の一場面といえることができるだろう。

- 7) 小林ほか・前掲注4) 274頁注2。この点につき，上山泰「判批」金融商事判例1486号69頁（2016年）は，立法担当者は単なる比較優位を理由に法定後見を開始することを認めていないとする。
- 8) 小林ほか・前掲注4) 273頁。
- 9) 寺尾洋「【講演】任意後見制度の利用促進を考える－成年後見制度利用促進計画の効果的な実現に向けて」公証186号210頁（2018年）。
- 10) 同決定の評釈として，西原諄「判批」判例タイムズ1076号89頁（2002年），平山也寸志「判批」実践成年後見21号103頁（2007年），同「判批」成年後見法研究5号173頁（2008年）がある。また同決定に言及するものとして，飯島・前掲注6)『21世紀の家族と法』476頁以下がある。
- 11) 同決定の評釈として，山田真紀「判批」判例タイムズ1125号（平成14年度主要民事判例解説）112頁（2003年），二宮孝富「判批」民商法雑誌128巻6号839頁（2003年），星野茂「判批」成年後見法研究4号186頁（2007年）がある。また同決定に言及するものとして，飯島・前掲注6)『21世紀の家族と法』477頁以下がある。
- 12) 同決定の評釈として，羽生香織「判批」月報司法書士501号62頁（2013年），神野礼斉「判批」民商法雑誌149巻1号109頁（2013年），村重慶一「判批」戸籍時報713号74頁（2014年），星野茂「判批」私法判例リマックス49号62頁（2014年），同「判批」実践成年後見57号73頁（2015年），上山・前掲注7)金融・商事判例1486号68頁がある。
- 13) 同決定の評釈として，佐々木・前掲注3)月報司法書士562号37頁，熊谷士郎「判批」実践成年後見84号101頁（2020年）がある。
- 14) 同決定の評釈として，合田篤子「判批」民事判例23号114頁（2021年），神野礼斉「判批」判例時報2502号144頁（2022年），同「判批」民商法雑誌157巻6号1331頁（2022年），冷水登紀代「判批」私法判例リマックス64号58頁（2022年）がある。
- 15) 同審判の評釈として，本山敦「判批」月報司法書士593号38頁（2021年），神野礼斉「判批」実践成年後見96号116頁（2022年），安達敏男／吉川樹士「判批」戸籍時報821号47頁（2022年）がある。
- 16) 同決定の評釈として，神野礼斉「判批」新・判例解説 Watch 31号113頁（2022年），上山泰「判批」私法判例リマックス65号10頁がある。
- 17) 任意後見契約が無効か否かの最終的な判断は，民事訴訟で確定されることになる。しかし「任意後見契約の有効性を争う民事訴訟の帰趨を見極めるまで法定後見の手続を薦めないことは，本人保護の観点から適当ではなく，任意後見契約の有効性について一応の判断をして，手続を進めることが相当である」（山田・前掲注11)判例タイムズ1125号113頁）。

- 18) 二宮・前掲注 11) 民商法雑誌 128 巻 6 号 843 頁。
- 19) 星野・前掲注 3) 法律論叢 80 巻 1 号 79 頁, 同・前掲注 12) 私法判例リマックス 49 号 62 頁, 同・前掲注 12) 実践成年後見 57 号 77 頁。
- 20) 松川正毅・窪田充見(編)『新基本法コンメンタール 親族 [第2版]』377 頁(本山敦)(日本評論社, 2019 年)。
- 21) 小林ほか・前掲注 4) 226 頁。任意後見監督人の選任の要件である「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(法4条1項本文)」について, 立法担当者は, 本人保護のための任意代理人に対する監督機能の充実の観点から, 補助・保佐・後見の各要件に該当する精神の状況にあるものすべてについて, 任意後見監督人を選任することができるものとしている。したがって, 任意後見契約の締結時に契約締結能力(意思能力)はあるが判断能力の不十分な状況にある本人について, 契約の締結後直ちに任意後見監督人の選任の申立てがされる場合があるとする(小林ほか・前掲注 4) 238 頁)。
- 22) 二宮・前掲注 11) 民商法雑誌 128 巻 6 号 842 頁。
- 23) 平成 12 年 3 月 13 日付法務省民一第 634 号民事局長通達「民法の一部を改正する法律等の施行に伴う公証実務の取扱いについて」。
- 24) 小林ほか・前掲注 4) 231 頁以下。
- 25) 神野・前掲注 15) 実践成年後見 96 号 121 頁。
- 26) 西原・前掲注 10) 判例タイムズ 1076 号 91 頁。
- 27) 星野・前掲注 11) 成年後見法研究 4 号 190 頁。
- 28) 神野・前掲注 16) 新・判例解説 Watch 31 号 116 頁。
- 29) 西原・前掲注 1) 判例タイムズ 1076 号 90 頁。
- 30) 神野・前掲注 12) 民商法雑誌 149 巻 1 号 114 頁。
- 31) 梶村太市・徳田和幸(編)『家事事件手続法 [第2版]』462 頁(岡部喜代子)(有斐閣, 2007 年)。
- 32) 星野・前掲注 3) 法律論叢 80 巻 1 号 80 頁以下。
- 33) 上山泰「任意後見契約の優越的地位の限界について」筑波ロー・ジャーナル 11 号 116 頁以下(2012 年)。同論文は, その理由として, そのような場合には法定後見を優先すべき他の要素が存在すると思われるため, 独立の判断要素とする必要までではないと考えられると述べる。
- 34) 小川敦「法定後見が任意後見に優先する場合の考慮要素」ケース研究 325 号 6 頁(2015 年)。
- 35) 神野・前掲注 14) 判例時報 2502 号 147 頁, 同・前掲注 15) 実践成年後見 96 号 119 頁。
- 36) 具体的には, ①成年後見人等または親族への貸付け, ②成年後見人等または親族への贈与, ③成年後見人等または親族に対する扶養, ④立替金, 介護の日当・費用, 見舞の日当・費用などがあるとされている(東京家裁後見問題研究会(編著)『後見の実務』別冊判例タイムズ 36 号 79 頁以下(2013 年))。

- 37) 神野・前掲注 14) 判例時報 2502 号 147 頁以下, 同・前掲注 15) 実践成年後見 96 号 122 頁。
- 38) 本山・前掲注 15) 月報司法書士 593 号 43 頁以下。
- 39) 星野・前掲注 3) 法律論叢 80 卷 1 号 82 頁注 14)。なお, 同論文は, 佐久間毅「代理法からみた法定後見・任意後見」民商法雑誌 122 卷 4 = 5 号 506 頁以下を引用し, その場合には法 4 条 1 項 3 号ハの「その他任意後見人の任務に適しない場合」に該当するとして任意後見監督人を選任しないものとする。
- 40) 佐々木・前掲注 3) 月報司法書士 562 号 42 頁。
- 41) 星野・前掲注 3) 法律論叢 80 卷 1 号 80 頁。
- 42) 星野・前掲注 3) 法律論叢 80 卷 1 号 81 頁。
- 43) 上山・前掲注 7) 金融・商事判例 1486 号 70 頁。
- 44) 上山・前掲注 33) 筑波ロー・ジャーナル 11 号 121 頁以下, 同・前掲注 7) 金融・商事判例 1486 号 70 頁。
- 45) 熊谷士郎「任意後見契約法 10 条 1 項該当性の判断枠組み」法学 (東北大学) 83 卷 4 号 52 頁 (2019 年)。
- 46) 熊谷・前掲注 45) 法学 83 卷 4 号 66 頁以下。
- 47) 熊谷・前掲注 45) 法学 83 卷 4 号 68 頁以下。
- 48) 上山・前掲注 33) 筑波ロー・ジャーナル 11 号 126 頁。
- 49) 熊谷・前掲注 45) 法学 83 卷 4 号 70 頁。
- 50) したがって, 上山説のように法定後見と任意後見のいずれが本人保護につながるかという比較をする必要はなく, 任意後見契約による保護が機能している限り, 法定後見は開始されないということになる。
- 51) 寺尾・前掲注 9) 公証 186 号 210 頁。
- 52) 奥林・前掲注 2) ケース研究 308 号 11 頁, 16 頁 (2011 年)。
- 53) 矢頭範之「任意後見受任者の実務と課題」成年後見法研究 3 号 156 頁以下 (2006 年)。
- 54) 村田彰「任意後見契約と精神能力」実践成年後見 45 号 35 頁 (2013 年)。
- 55) 須永醇『須永醇 民法論集』271 頁以下 (酒井書店, 2010 年)。
- 56) 新井誠「任意後見制度の存在意義・再考～世界の潮流を踏まえて～」実践成年後見 45 号 12 頁以下 (2013 年)。
- 57) 村田・前掲注 53) 実践成年後見 45 号 35 頁。
- 58) 新井誠ほか (編)『成年後見制度 法の理論と実務 [第 2 版]』420 頁 (有斐閣, 2014 年) (五十嵐慎人)。同論文は, 任意後見契約の濫用の防止には, 契約締結能力の審査も重要であるが, それ以上に, 任意後見優先主義の見直しや濫用と思われる事例が生じた際の家庭裁判所による監督の強化の方が, より実効性があるのではなからうかとする。
- 59) 新井ほか・前掲注 57) 285 頁以下 (矢頭範之・山崎政俊)。
- 60) 熊谷・前掲注 45) 法学 83 卷 4 号 68 頁。

- 61) 一般に、保佐相当にまで判断能力が低下している場合に即効型の任意後見契約の締結を認めてよいのかは疑問であるとの指摘もある（合田・前掲注14）民事判例23号117頁）。
- 62) 羽生・前掲注12）月報司法書士501号66頁。
- 63) 星野・前掲注12）私法判例リマックス49号65頁，同・前掲注12）実践成年後見57号78頁。
- 64) 神野・前掲注15）実践成年後見96号122頁。
- 65) 新井誠「任意後見制度および補助類型の利用促進」法曹時報71巻5号16頁（2019年）。