

# 移行型任意後見契約の成否をめぐる判断枠組み・再考

## ——意思能力の有無に関する判断基準の検討を中心に——

### 三 輪 まどか

#### 1. はじめに

成年後見制度が導入され20年が経過した。利用が進まない同制度の見直しのため、2022年3月25日に「第二期成年後見制度利用促進基本計画」が閣議決定された〔厚生労働省2022〕。成年後見制度をめぐる20年の振り返りと課題については別稿にゆずり〔三輪2022〕、本稿では、同計画において数行の扱いであった、任意後見制度について改めて考えてみたい。

任意後見制度についても成年後見制度と同じく利用が進んでいない（近年の利用傾向は、2に譲る）。また、任意後見制度は、「自己決定の尊重の理念に即して、本人の意思が反映されたそれぞれの趣旨に沿った本人保護の制度的な枠組みを構築する制度」〔小林＝原2002：378〕として設計されたにもかかわらず、家族・親族間の争いの火種になっていることも見逃せない〔三輪2019：135-141〕。

任意後見制度をめぐる家族・親族間の争いのうち、特に目に付くのが、任意後見契約の成否に関するものである。拙著の分析によれば、任意後見契約に必要な意思能力の有無について、2006年に出された裁判例（東京地判平成18年7月6日判時1965号75頁）で、意思能力そのものの有無の判断と、任意後見契約を締結するための契約意思の存在の判断について分けて検討する枠組みが提唱されて以来、比較的それらを分けて検討する裁判例が続いている<sup>1)</sup>。意思能力に関しては、医療（長谷川式簡易知能評価スケールなど）と介護（介護記録など）を用いて判断し、意思能力があるとしたものもないとしたものもあり、契約意思については、財産、高齢者を取り巻く環境・家族の状況を考慮することが多かったものの、どの程度であれば意思能力および契約意思があるのかといった点については裁判例にばらつきがあり、傾向を示すことが難しかった〔三輪2019：130-132〕。

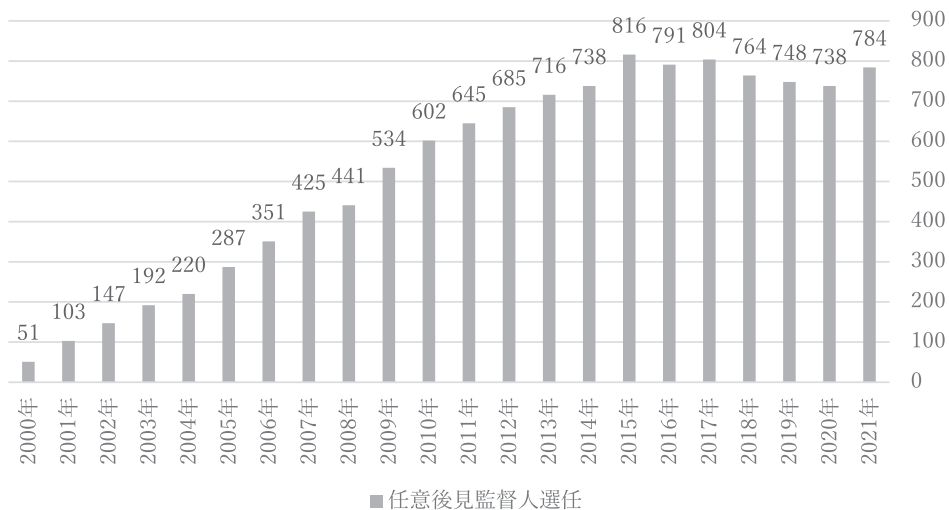
こうした状況のなか、拙著の分析に対し医療の現場からコメントが寄せられたこと〔大供2018：3-4〕、また昨年、契約の意思能力をめぐる裁判において意見書を書く機会に恵まれたことをきっかけに、今一度、任意後見契約に必要な意思能力を考えてみようというのが、本稿の目的である。この目的にしたがい、本稿では任意後見契約の中でも最も利用が多く、かつ、論争となりやすい移行型任意後見契約に焦点をあて、移行型任意後見契約に必要な意思能力の有無の判断基準の枠組みについて再検討した上で、この枠組みの課題について触れておきたい。

1) 続く、とは言っても、拙著の2019年刊行時には5例の裁判例しか見つけることができなかった〔三輪2019：124-132〕。

## 2. 近年の利用傾向

### (1) 任意後見契約の利用

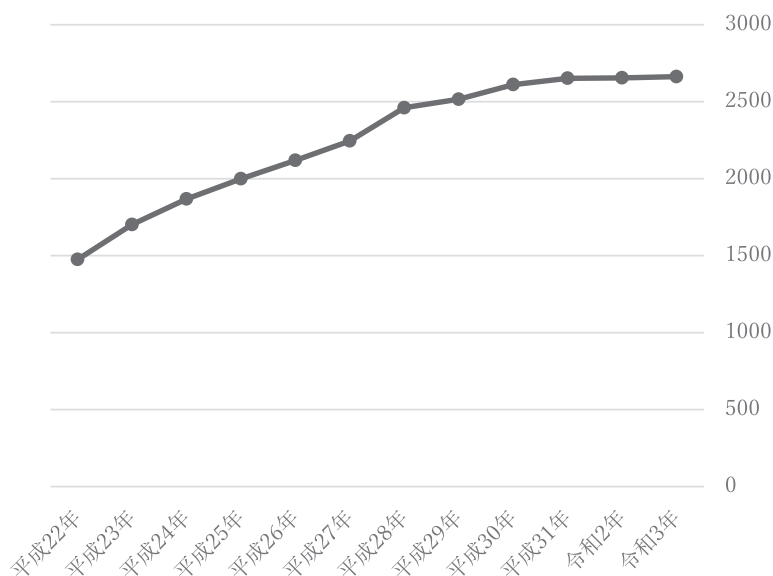
まずは、任意後見契約の利用について統計を見てみたい。任意後見契約は、任意後見監督人を選任してから発効する契約であるため（任意後見法2条1号、4条）、家庭裁判所に対し任意後見監督人選任の申立てをする必要がある（任意後見法4条）。したがって、ひとまず申立件数の年次推移を見てみる。任意後見契約の数がどのくらいか、裁判所は公表していないためどのくらいの割合で任意後見監督人選任の申立てがなされているのが不明であるが、ここ数年は年間700件の中盤から後半の数字で推移している（図表1）。



図表1 任意後見監督人選任の申立数

資料出所：裁判所ウェブサイト「成年後見関係事件の概況」([https://www.courts.go.jp/toukei\\_siryou/siryu/kouken/index.html](https://www.courts.go.jp/toukei_siryou/siryu/kouken/index.html))を参考に筆者作成。

次に、実際に任意後見を利用している利用者数についても概観しておきたい。裁判所が統計を取り始めた2010（平成22）年から、利用者数は緩やかに伸びている（図表2）。しかしながら、ここ4年ほどは2,600件台で推移しており、必ずしも利用が進んでいる状態とは言いがたい。



図表2 任意後見契約の利用者数

資料出所：裁判所ウェブサイト「成年後見関係事件の概況」([https://www.courts.go.jp/toukei\\_siryou/siryo/kouken/index.html](https://www.courts.go.jp/toukei_siryou/siryo/kouken/index.html))を参考に筆者作成。

※なお、利用者数の統計を取り始めたのが平成22年以降のため、そのデータを参照した。

## (2) 移行型任意後見契約の利用

任意後見契約は法令上類型化されていないが、実際の運用においては、即効型、移行型、将来型の3つに分けられている。即効型は、現時点での意思能力に不安があるため、任意後見契約と同時に、家庭裁判所に任意後見監督人選任申立てをおこなうもの、移行型は、将来に備える任意後見契約と現時点から支援を受けるための委任契約を締結するもの、将来型は、現時点での意思能力は明確であるが、将来に備えて任意後見契約を締結するものである〔リーガルサポート2023〕。

任意後見契約は、公正証書によって行われる形式であることが法定されており(任意後見法3条)、公証人が必ず関わる。そうした強みを活かし日本公証人連合会(以下、日公連)が2018年10月～11月にかけて、任意後見契約に関するアンケート調査(以下、日公連2018年アンケート調査)を実施しており、その内容を見ることで、利用の現状を把握したい。

日公連2018年アンケート調査は上記期間に締結された任意後見契約数1,918件について、その内容等について調査している〔日公連法規委員会2020:149〕。契約数は1ヶ月あたり概算で1,000件程度、1万人あたりの利用状況を見ると、東京が0.283と最も多い〔日公連法規委員会2020:150〕。仮に、概算で年間12,000件程度契約締結されているとすると、2018年の任意後見監督人選任の申立てが764件であるから(図表1)、だいたい任意後見契約数のうち6%程度が任意後見を利用していることとなる。

利用形態は、移行型が1,445件(75.5%)で最も多く、次いで将来型(23.7%)、即効型(0.7%)となっている〔日公連法規委員会2020:151-152〕。2000年から2001年に行われた前回アンケート調査の際には、移行型38.8%、将来型55.1%、即効型5.9%であった〔日公連法規委員会2020:

151-152] ことから考えると、移行型の伸びがかなり大きい。

### 3. 移行型任意後見契約をめぐる指摘と対策

#### (1) 問題点・改善点の指摘

任意後見制度が始まった当初より、移行型任意後見契約の濫用に関して、任意後見監督人選任申立ての遅延や本人の財産の私的流用等が指摘されてきた〔寺尾 2014：70-71〕。また、親族間の委任契約においても代理権濫用事例が散見され、「親族間の委任契約においては、濫用があってもそれが表面化しにくく、本人死亡後に遺産の相続問題に絡んで受任者の不正行為が顕在化することあり得る」〔小塚 2008：6-7〕と指摘されている。

日公連 2018 年アンケート調査では、移行型任意後見契約について公証人から以下の 3 点の指摘が見られたことが報告されている〔日公連法規委員会 2020：153〕。第 1 に、締結件数に比較して任意後見監督人選任件数が 1 割にも及ばない数字であることから、「本人の判断能力が不十分な状態となっても任意後見受任者が任意後見監督人選任の申立てをせず、公的監督がない状態で財産管理等を継続しているケースが相当数あるのではないか」〔日公連法規委員会 2020：153〕という指摘である。第 2 に、公証人が受任者による財産管理等の状況や任意後見への移行の有無等に関する情報に接する機会がほとんどないことから、「受任者の不正又は不適切な権限行使の防止策について検討すべき」〔日公連法規委員会 2020：153〕との指摘である。第 3 に、「移行型にも他にはない有用性があり、例えば、判断能力は不十分には至っていないが、足腰が不自由であったり、入院中であったりして、日常の財産管理を直ぐに代理人に一任したい場合や、現に特定の親族に生活の世話を受けており、遺産もその親族に残したいと希望している方が、遺言作成と同時に生前の財産管理等もその親族に委ねたいという場合等である<sup>2)</sup>。また、財産管理契約による代理期間を通じて、任意後見受任者の委任業務の遂行具合を本人が確認した後、任意後見に移行するのも信頼関係を構築するという点では有用である<sup>3)</sup>」〔日公連法規委員会 2020：153〕との指摘である。

#### (2) 対策の実行

(1) で述べたような指摘があるからこそ、任意後見契約に関わる公証人は、制度開始後より、意思能力の確認の徹底、受任者の適格性の判断、委任契約の始期、委任契約から任意後見契約への的確な移行のための措置（契約条項での対応）、監督者の設置、代理権の範囲の制限について、できる限りの対策を講じてきている〔小塚 2008：8-23〕。また、意思能力の確認の徹底に関し、法務省は民事局長名通達「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（通達）」（平成 12 年 3 月 13 日：法務省民一第 634 号）を発出し、本人面接の原則、本人の意思能力等が疑われる場合の診断書の確認と本人の状況等の録取を公証人に対して求めている。

これらの対策が実際に行われているのかについて、日公連 2018 年アンケート調査を再び見てみ

2) 実際このアンケート調査結果を見てみると、移行型に限らず、任意後見契約を締結する動機として「預貯金等の管理・解約」（37.7%）と「身上監護（医療契約、施設入所契約等）」（36.4%）が拮抗していることが特徴的である〔日公連法規委員会 2020：162〕。

3) この指摘は、〔小塚 2008：27〕、〔寺尾 2014：70〕に同じ記述が見られる。

ると、本人面接については2件を除き全件(1,832件)で行われており〔日公連法規委員会2020:158〕、かなり徹底していることが見て取れる。受任者の適格性の判断については基準があるわけではないため、受任者は「子」(55.5%)、「その他の親族」(31.2%)という割合が高く〔日公連法規委員会2020:164〕、「家庭の中に、第三者を入れることは避ける傾向がある」〔日公連法規委員会2020:166-167〕ことを指摘するにとどまっている。この受任者の傾向は、成年後見制度における後見人等の選任について、第三者後見の数が親族後見の数を逆転していた状況下のことでもあって、成年後見と任意後見が反転していることを日公連2018年アンケート調査では特に指摘している〔日公連法規委員会2020:167〕。この点、日公連2018年アンケート調査で「任意後見契約において適任の受任者を選任すること、また受任者による使い込み等の権限の濫用をどのように防止するか等は、重要な課題である」〔日公連法規委員会2020:167〕と指摘しているのも頷ける。

代理権の範囲については、「第1号様式(代理事項をあらかじめ列挙し、該当事項をチェックする方式)と第2号様式(代理事項を包括的に記載する方式)のいずれが選ばれたか」の調査結果が明らかとなっている〔日公連法規委員会2020:171-172〕。第1号が150件(8.0%)、第2号が1,729件(92.0%)で圧倒的に包括的な記載となっている〔日公連法規委員会2020:172〕。この理由について、日公連2018年アンケート調査では「代理事項をチェックする方式よりも包括的に記載する方式が簡便であり、かつ例えば具体的な取引金融機関の口座や月当たりの限度額を定める等について自由に記載できることにある」としている〔日公連法規委員会2020:172〕。権限そのものを狭めるのか、包括的な権限を認めつつ、その内容(金額など)の制限を設けるのか、という違いもあるだろうが、これも代理権の範囲の制限という点からすると、やや心許ない。

以上から、実際の運用にあたっては、本人面接は厳格に行われていること、また、代理権の範囲については、包括的な権限を認めつつも、財産の濫用を防ぐための制限などの工夫が行われていることが明らかとなった。一方、受任者の多くが家族・親族であることもあり、その厳格な適格性診断や監督者の設置などがなされているのかについては、調査項目には挙がっておらず、不明である。

#### 4. 移行型任意後見契約をめぐる裁判例に見る判断基準

##### (1) 3つの裁判例

こうした運用状況のなか、近年、移行型任意後見契約に関する裁判例が新たに出てきている。はじめに述べたような本稿の関心から、移行型任意後見契約に関する裁判例のうち、意思能力が問題となった裁判例を裁判例の検索システム(LEXDBおよびWestlawJAPAN)を用いて検索したところ、3件の裁判例を見つけることができた。以下、3件について記述する。

##### (a) 東京地判平成28年6月29日(2016WLJPCA 06298028)<sup>4)</sup>

###### 【事実の概要】

本件は、3つの事件から成るが、移行型の任意後見契約に関わるものは第3事件である。第3事件は、X1がX2に対し、所有権に基づく妨害排除請求権として、土地に対する抹消登記手続を請求

4) 本件の判例評釈として、根岸謙(2019)「任意後見契約締結時の意思能力一特にその有無の判断方法(東京地裁平成28年6月29日判決)―」実践成年後見82号64-73頁がある。



する事案である<sup>5)</sup>。その根拠として、YがX1の任意後見人として、X2との間で土地の売買契約を締結したことが、①X1についての任意後見監督人が選任されていないため、Yを任意後見人とする任意後見契約は発効しておらず、②YはX1から土地売買に係る代理権を授与されておらず、代理権授与行為と主張されている各委任契約はX1が意思無能力であったためいずれも無効であることを挙げている。

本件で作成された移行型の任意後見契約は、公正証書で作成され、X1を委任者、Yを受任者として、X1の所有する不動産、動産等すべての保存、管理変更及び処分を含むX1の生活、療養看護及び財産の管理に関する事務をYに委任、その事務処理のための代理権を付与すると内容になっており、X1について任意後見監督人が選任され、任意後見契約が効力を生じたときに当然に終了するものとされている。また、任意後見契約は、任意後見契約法に基づき、X1がYに対して後見事務を委任し、Yがこれを受任すると内容になっており、X1について任意後見監督人が選任された時からその効力を生ずるとされている。

## 【判旨】

### i) 意思能力そのものの有無について

長谷川式簡易知能評価スケールの結果(30点満点中8点)および、渋谷区実施の介護認定調査、有料老人ホームにおける介護記録を参照した上で、公正証書作成当時のX1の意思能力は「相当程度低下していた」と判断した。

また、公正証書作成時に、X1には判断能力がなかった旨の医師の意見書等があるが、X1が同時期に「意思無能力であったとまでは認められない」とも判断している。その理由として、介護記録に「見当識障害や理解力、記憶力の低下がうかがわれる症状や言動がみられる旨の記載がある一方で…介護認定調査に係る調査において、『意思の伝達』についてはできるとされており…問題行動とされている言動も減少傾向にある旨の記載が認められる」こと、また、X1の主治医が「短期記憶について『問題なし』、日常の意思決定を行うための認知能力について『自立』、自分の意思の伝達能力について『幾らか困難』と述べるにとどまっていること」、X1が再入所した「老人ホームの職員のことを覚えていることや、施設の職員と日常的な意思疎通が相当程度できていること」等から、「X1の減退している意思能力の分野にはばらつきがあったと認めるのが相当」としていることが挙げられる。これらの状況から、「本件公正証書の内容であるいわゆる移行型の任意後見契約について、X1はおよそその内容を理解することができなかったとまでは認めることはできず、その他、X1が意思無能力であったことを認めるに足る証拠はない【下線筆者】」と判断している。

### ii) 契約の意思能力の有無について

「X1は、本件公正証書によるYに対する代理権授与の内容について理解していたとはいい難く、その意味で、上記代理権授与はX1の真意に基づかないものであり、Yもそのことを認識していたと推認することができる」としている。

その理由として、「Y自身が移行型の任意後見契約について必ずしも正確な理解をしていなかったことを自認して」いること、X1は十分な不動産賃料収入を得ていたことから、「X1の所有に係る不動産を売却する必要は乏しく、「Yに自らの所有する財産の処分等を委託する動機があった

5) 3つの事件が併合されているため、原告・被告関係をXYで表すと、ややおかしく見えるが、このとおりである。

とは考え難い」こと、Yの言動から、本件公正証書作成が「YらがX1の財産を自らのために費消することを容易にする目的であったと推認される」ことを挙げている。

以上から、裁判所は、「本件委任契約及び本件任意後見契約が公正証書によって作成され、X1が本件公正証書に自ら署名していることを考慮してもなお、X1が、自らの財産の処分権限を全てYに委任する旨のいわゆる移行型の任意後見契約である本件公正証書の内容を理解した上で、本件公正証書に署名したというには疑問を容れる余地が大きく、その意味で、本件公正証書の作成によって示されたX1のYに対して自らの財産の処分権限を全て委任する旨の代理権授与の意思表示は、X1がその内容を理解せず、Yに追随する形で示されたものであって、X1の真意ではないと評価されるものであり、そのことをYにおいても十分認識していたといえる【下線筆者】から、そうであれば、X1による上記意思表示は無効である」と判断している。

(b) 東京地判平成30年3月26日(2018WLJPCA 03268004)<sup>6)</sup>

#### 【事実の概要】

本件は、地方銀行であるYとの間で、消費寄託契約を締結して、普通預金口座を開設し、預金をしたX(渋谷区に多数土地を所有する地主の長女で、それらの土地を家督相続した者)が、同契約による寄託物返還請求権に基づき、約7,000万円およびそれに対する遅延損害金の支払いを求める事案である。

本件においてXは、補助参加人A<sup>7)</sup>との間で、生活、療養看護及び財産管理を委任する旨の「委任契約及び任意後見公正証書」(以下「本件公正証書」)を作成し、いわゆる移行型の任意後見契約を締結している。委任契約に関する部分は、Xを委任者、Aを受任者として、金融機関等との全ての取引を含むXの生活、療養看護及び財産の管理に関する事務をAに委任し、その事務処理のための代理権を付与する内容となっており、Xについて任意後見監督人が選任され、任意後見契約が効力を生じたときに当然に終了するものとされている。また、任意後見契約は、任意後見契約法に基づき、XがAに対して後見事務を委任し、Aがこれを受任するとの内容になっており、Xについて任意後見監督人が選任された時からその効力を生ずるとされている。

Aはこれら委任契約に基づき、Xの金融機関との全ての取引に関する事項を含む財産管理に関する代理権によって、Yに対して払戻を請求している。Xは上記契約当時、意思無能力であり、これら移行型の任意後見契約は無効であると主張して、Aが払い戻した金額をY銀行に対して返還請求するものである。

#### 【判旨】

裁判所は、Xの意思能力について、2名の意思の診断書および渋谷区が行った介護認定調査の結果、同調査における主治医の意見書、入所した複数の有料老人ホームの記録等を検討した上で、本件公正証書の作成時の「Xの意思能力は、相当程度低下していたものと認めることができる」と判断している。

6) 本件の判例評釈として、[根岸2020:82-90]。

7) Aは、Xとの間で養子縁組の届出をしたが、同縁組は無効との上告審判決を経て確定している。

しかしながら、介護認定調査に係る調査において「意思の伝達」と記載されていること<sup>8)</sup>、医療記録や介護記録には「時間や人物の見当識障害、記憶障害や理解力の障害等がみられ、また、日常的な動作についても能動性や意欲が著しく欠けていたことをうかがわせる記載がある一方で、日常的に接する人とは一定程度の意思疎通が可能であったことをうかがわせる記載もある」こと、Xの主治医が「短期記憶について『問題なし』、日常の意思決定を行うための認知能力について『自立』、自分の意思の伝達能力について『幾らか困難』と述べるにとどまっていること」などから、「Xの減退している意思能力の分野にはばらつきがあったものと認めるのが相当であり、本件公正証書作成の当時、必ずしもXの意思能力が全般的に減退していたとまでは認められ」ず、「本件公正証書の内容である本件委任契約や本件任意後見契約について、Xがおよそその内容を理解することができなかつた、すなわち意思無能力であったとまで認めることはできない【下線筆者】」と判断し、Xの訴えを棄却した。

(c) 東京地判平成30年5月16日(2018WLJPCA 05168018)<sup>9)</sup>

#### 【事実の概要】

本件は、XがY(Xの従妹であるCの長女)に対し、次のような不法行為等を行ったが故に、2億8,000万円ほどの損害を被ったとして、その損害賠償ならびにその遅延損害金の支払いを求める事案である。不法行為に当たる内容として、Yは、Xの意思無能力に乗じて、Xの預貯金通帳、キャッシュカード、実印等を事実上占有管理し、〈ア〉約5年間にわたりXの預貯金を引き出して領得するとともに、〈イ〉Xに金融機関との間で金銭消費貸借契約を締結させるなどして、それに基づく手数料や利息を負担させ、〈ウ〉さらにはX所有の土地の借地契約に係る更新料や、X所有の不動産を売却した売買代金の一部を受領した上で領得した点等を挙げている。

XおよびYは、平成21年12月16日付けで、Xの生活、療養看護ならびに財産の管理に関する事務を委任する契約および、任意後見契約をそれぞれ締結している。

#### 【判旨】

裁判所は、「意思能力とは、自分の行為の結果を判断することのできる精神的能力であって、正常な認識力と予期力とを含むものであると解され、意思能力の有無は、問題となる個々の法律行為ごとにその難易、重大性なども考慮して判断されるべきもの」と定義した上で、まず、委任契約の締結に必要な能力として、次のように述べる。すなわち、「本件委任契約等（本件委任契約及びそれに続く本件任意後見契約）によって受任者（任意後見人）であるYが管理することになるXの資産は、30筆以上の土地を含む不動産（中略）や、毎年の収入（中略）、株式及び年金、生命保険等といったものであり、その財産的価値は大きく、数も多い。したがって、いわゆる移行型任意後見契約である本件委任契約等を締結するに当たっては、Xの資産の全体像や、受任者との人間関係

8) 裁判例では、平成21年6月18日付けで厚生労働省老健局老人保健課から各都道府県介護保険担当課等に対して発せられた「介護保険最新情報」に記載された、介護認定調査票の「日常の意思決定」の記述と「意思の伝達」の違いに着目している。「日常の意思決定」と書かれた場合には、対象者が決定すべき内容を理解し、決定できていれば「できる」とするのに対し、「意思の伝達」は、決定された意思を伝達する能力のみを評価する項目であるため、意思の決定の内容の合理性、伝達方法を問わないとされている。

9) 本件は、(b)の裁判例と同じ原告と思われる。



(信頼関係)に関する判断に加え、受任者による権限の濫用を防止する手段を講じる必要性の有無等についての判断も必須というべきであって、本件委任契約等は、多岐にわたる事項についての認識力と予期力を要する法律行為である【下線筆者】というべきである」としている。

その上で、渋谷区による介護認定調査、同調査における主治医の意見書、入所した複数の有料老人ホームの生活記録、本件委任契約に先立つ消費貸借契約の際の意思能力等を検討した上で、本件委任等の公正証書の作成は事前に予定されていたものではなく、Xの資産の管理は、従前はXと同居していたD(Xの従姉妹<sup>10)</sup>)が行っており、XがYに対し、何らかの資産の継続的な管理をさせていたような事情は何われないこと等を考慮して、「Xにおいて、YにXの資産全般についての包括的な管理処分権限を継続的に与えるという非常に重い内容の本件委任等公正証書の作成(本件委任契約等の締結)を即決するだけの具体的な動機は見出し難いものというべきことなども併せ考慮すれば、Xにおいては、平成21年12月16日に本件委任等公正証書が作成された(本件委任契約等が締結された)際には……指摘したような事項につき正しく判断する能力を有していないなかったものと認めるのが相当であり、したがって、本件委任等公正証書を作成して本件委任契約等を締結すべき意思能力はなかったものと認められる【下線筆者】」と判断し、Xが主張するYの不法行為等をおおむね認め、Xの請求を一部認容した。

## (2) 判断基準の検討

### ① 意思能力そのものの判断基準の検討

拙著の分析から[三輪2019:119-120, 130-131]、意思能力そのものの有無について判断した過去の裁判例を見てみると、どのような法律行為であっても、もっぱら、介護認定や臨床経過、主治医の診断書・意見書、裁判所が指名した鑑定医による鑑定など、医療・看護・介護記録や長谷川式簡易知能評価スケールを用いて、医学的・福祉的な観点から判断するものが多い。これは不動産取引などやや複雑な契約から、身分行為、任意後見契約に至るまで、ほぼ共通する視点である。

3つの裁判例でも(a)に見られるように、医療・看護・介護記録の内容の信憑性を周りの状況から判断しているのも特徴として挙げることができよう。また、(a)・(b)に見られるように、認知症、あるいは、見当識障害や問題行動などがあつたとしても、特定の親しい者とコミュニケーション(意思の疎通)が取れる場合などについては、意思能力そのものがなかったとするような判断は見られない。というのも、裁判所がその判決のなかで意思無能力と判断することは、すなわち、その者が法律行為をなすことを否定することになるからであろう<sup>11)</sup>。禁治産制度から自己決定の尊重、残存能力の活用という、大きな価値転換を図った制度趣旨からも、慎重にならざるを得ないと思われる。

以上から、意思能力そのものの有無の判断基準としては、第1に、法律行為の種類にかかわらず、医療・看護・介護記録や長谷川式簡易知能評価スケールなどを用いて、医学的・福祉的な観点から判断すること、第2に、医療・看護・介護記録等の内容の信憑性を周りの状況等から判断すること、第3に、認知症の診断に使われる長谷川式簡易知能評価スケールは、単なる点数で意思能力の有無

10) DはかつてXと養子縁組をしていたが、平成24年7月に離縁している。

11) 同種の意見として、山城教授は、「能力が否定・制限されることは、法律関係を形成する可能性を否定・制限すること」であるとした上で、「『人』そのものに着目して契約の有効性を否定することは、その人の『排除』を帰結するという意味において、人の多様なありようを承認するという基本的な価値原理と背馳する」と述べる[山城2021:110]。

を判断するのではなく、契約内容や周りの状況などを検討すること、第4に、人権保障の観点から、単に認知症だから、問題行動があるからというだけで、意思能力がないと判断するのではなく、親しい者との間で、意思の疎通が可能である場合等は、意思無能力とは判断していないことが挙げられる。

## ② 法律行為ごとの必要な意思能力（契約意思）の判断基準の検討

法令上、任意後見契約に必要な意思能力は定められていない。しかし、任意後見制度の趣旨を鑑みると、意思能力が低下してきたときに、誰に（支援者）、何を（支援範囲：代理権の内容・範囲）委ねるかを理解し、具体的にそれを決定できる能力は最低限必要であるように思われる<sup>12)</sup>。医師である大供は、自らの診断経験および売買契約に関する裁判例を用いて、任意後見契約に求められる意思能力の程度について、「個別の契約ごとに〔筆者注：意思能力の程度を〕検討するのであれば、一概には言えない」としている〔大供2018：3-4〕。しかしながら、①に見たように、契約ごとに判断すべきは「契約意思」であって、意思能力そのものではないと考える。一般人にとっても難しい金融取引や不動産取引から日常生活に必要な用品の購入まで、契約の難易は存在し、それを踏まえての意思能力の相対性である。契約の種類ごとに意思能力（契約意思）は判断されるべきであり、その点で、任意後見契約に求められる意思能力は、上述のとおりであるという結論は、維持しておきたい。

さて、移行型任意後見契約に必要な意思能力について、(c)の裁判例においては、「移行型任意後見契約である本件委任契約等を締結するに当たっては、Xの資産の全体像や、受任者との人間関係（信頼関係）に関する判断に加え、受任者による権限の濫用を防止する手段を講じる必要性の有無等についての判断も必須というべきであって、本件委任契約等は、多岐にわたる事項についての認識力と予期力を要する法律行為」と述べられている。(a)の裁判例では明確には述べられていないため、(c)の裁判例の定義が全てに通用するということは言えないが、少なくとも、移行型の任意後見契約については、財産の全体像、受任者との人間関係（信頼関係）、受任者による権限濫用防止など、契約内容、受任者との関係や適性を検討すべきとの判断ということができよう。

これを(a)の裁判例に置き換えてみると、「自らの財産の処分権限を全てYに委任する」といった内容の、ややもすると自らの財産全てを失いかねないような内容の契約であると、その内容をきちんと理解している必要があると解することができよう。くわえて、移行型任意後見契約の場合、委任契約とそれに引き続く任意後見契約で扱われる内容が、本人の生活と財産管理に関して重大かつ複雑であればあるほど、(c)が述べるように「即決するだけの具体的な動機」が求められたり、(a)にあるように、公正証書が作成される当日に一度だけしか面会しないような公証人が、意思能力の低下の兆候に関する十分な情報を得ないまま、作成することのないよう、慎重な対応が求められると言えよう。

なお、(b)の裁判例については、上記に掲げた(a)・(c)の裁判例と、やや異なる判断をしていると思われる<sup>13)</sup>。異なる点は、移行型任意後見契約の内容についての検討が見られないことと、被告

12) この点、拙著では少なくとも契約という方式をとる任意後見制度の趣旨から、身分行為や遺言よりは高い意思能力が必要であろうと結論づけた〔三輪2019：133〕。

13) この点について根岸は、「任意後見契約という制度自体が第三者に対して取引関係への参加に際しての慎重さを要求している」と捉え、本件のように、第三者が金融機関の場合には、より慎重さを求めるとしている〔根岸2020：90〕。

が銀行であることである。上記では取り上げなかったが、(b)の裁判例では、委任状に基づくAによるY銀行からのX預金の引き出しも争点になっており、委任状および銀行届出印をAが有していることで、Y銀行に対する払戻請求書の真正成立が問われ、それが否定されていない。こうした争点の違いや家族・親族が訴訟当事者となる事案と第三者が訴訟当事者となる事案との違いもあり、(a)・(c)の裁判例と(b)の裁判例を単純に比較することはできない。家族・親族が訴訟当事者となる事案については、(a)・(c)の裁判例の検討が望ましいと言えるであろう。

以上から、移行型任意後見契約においては、法の趣旨を鑑み、委任者本人が何を誰に委任したかを理解し決定できる意思能力が最低限必要であると言えよう。意思能力（契約意思）の有無の判断は財産の全体像、受任者との人間関係（信頼関係）、受任者による権限濫用防止など、契約内容、受任者との関係や適性を検討するということになる。したがって、契約内容、例えば委任者にとって非常に不利な、あるいは受任者にとって非常に有利な契約であるかどうかといったような委任者・受任者間のバランス、契約の運びの自然さ、受任者の権限濫用防止の措置、周りの状況などを検討する必要があると言える。

## 5. むすびにかえて

以上、移行型任意後見契約をめぐるアンケート調査と3つの裁判例を参考に、移行型委任後見契約に必要な意思能力の有無の判断基準の枠組みについて再検討してきた。

導かれる結論は、以下の通りである。すなわち、移行型任意後見契約において求められる意思能力は、任意後見制度の趣旨から考えれば、意思能力が低下してきたときに、誰に（支援者）、何を（支援範囲：代理権の内容・範囲）委ねるかを理解し、具体的にそれを決定できる能力が最低限必要と言えよう。その上で契約意思の有無について、契約内容、受任者との関係や適性から検討することになる。とはいえ、意思能力そのものから契約意思までを多くの書証から裁判所が決定することに対して、懐疑的にならざるを得ない。というのも、近年の裁判例の傾向からみてもわかるように、裁判所が判決のなかで意思無能力と判断することは、すなわち、その者が法律行為をなすことを否定し、かつ、法的権利を奪うことに他ならないからである。意思能力そのものの有無の判断は、医療・看護・介護記録や長谷川式簡易知能評価スケールなどを用いて、医学的・福祉的な観点から判断するものが多く、これは近時のスタンダードであるが、例えば、医学的な判断をとって見ても、現時点での意思能力について判断はできても、その当時の、契約時点での意思能力について、どの程度正確に判断できるのか疑問が残る。この点、公証人が本人面接を原則とし、その意思能力を観察したとしても、公証人が医学や認知症の専門家でない限り、限界はあるように思われる。

このように考えれば、裁判所の役割としては、明らかに意思能力が欠けていると思われる場合は除き、契約意思の推定と契約内容の精査に舵を切った方がよいのではないだろうか。また、公証人の役割も同様に、意思能力の有無に注力するよりは、代理権の範囲や受任者の適格性判断、受任者の権限濫用防止のための監督者の設置などに注力する方がよいのではないだろうか。

このことは、法律や法手続の専門家が意思能力の判断を投げ出したという評価にはならない。なぜなら、意思能力がないと明確に判断されない限り、意思能力があるとすることは、本人の意思の尊重、本人の権利を守ることにつながるからである。制度導入後20年を経て、本人の意思を尊重し、権利を守るための法制度のあり方を今一度考える時期に来ている。

## 【文献リスト】

- 大供孝（2018）「任意後見契約に必要な判断能力と診療上の問題点」脳卒中 40 巻 6 号 1-5 頁
- 小坏眞史（2008）「移行型任意後見契約の問題点と改善案」公証法学 38 号 1-37 頁
- 厚生労働省ウェブサイト（2022）「第二期成年後見制度利用促進基本計画・施策の実施状況等」（[https://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/0000202622\\_00017.html](https://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/0000202622_00017.html)）（2023 年 2 月 8 日閲覧）
- 小林昭彦＝原司（2002）『平成 11 年民法一部改正法の解説』（法曹会）
- 成年後見センター・リーガルサポート（2023）「任意後見制度の利用方法」（<https://www.legal-support.or.jp/support/arbitrarily>）（2023 年 2 月 8 日閲覧）
- 寺尾洋（2014）「任意後見契約の現状—移行型契約を中心に」法の支配 172 号 67-75 頁
- 日本公証人連合会（日公連）法規委員会（2020）「任意後見契約に関するアンケート調査結果について」公証 192 号 147-174 頁
- 根岸謙（2020）「移行型任意後見契約の濫用事例において問題となる諸論点 —特に意思能力の有無、私文書の形式的証拠力、任意後見契約移行前の委任契約時の『任意後見人』名義での法律行為の有効性等（東京地裁平成 30 年 3 月 26 日判決）—」実践成年後見 85 号 82-90 頁
- 法務省ウェブサイト（2010）「法制審議会民法（債権関係）部会第 10 回会議（平成 22 年 6 月 8 日開催）」（<https://www.moj.go.jp/shingi1/shingi04900022.html>）（2023 年 2 月 7 日閲覧）
- 法務省ウェブサイト（2012）「法制審議会民法（債権関係）部会第 64 回会議（平成 24 年 12 月 4 日開催）」（<https://www.moj.go.jp/shingi1/shingi04900172.html>）（2023 年 2 月 7 日閲覧）
- 三輪まどか（2019）『契約者としての高齢者』（信山社）
- 三輪まどか（2022）「高齢者の日常生活と法制度：介護保険制度・成年後見制度の導入から 20 年をふり返る」労働問題研究所 IWHR 研究年報 4 号 1-21 頁
- 山城一真（2021）「契約当事者の判断能力と消費者法—『能力型』の契約規制をめぐる諸問題—」消費者法研究第 9 号 83-110 頁

# A Framework for Judging of the Transitional Voluntary Guardianship Contracts

Madoka MIWA

## 要 約

本稿は、制度施行後20年が経過する任意後見制度の中でも、とくに家族間で争いとなりやすい移行型任意後見契約に焦点をあて、移行型任意後見契約に必要な意思能力の有無の判断枠組みについて再検討した。

再検討にあたり、日本公証人連合法規委員会が2020年に公表した調査により実態把握をおこない、2016～2018年に出された3つの裁判例を用いて分析した。

再検討の結果、求められる意思能力について変化はないが、近年、裁判所は意思能力の有無の判断より、契約内容の精査により契約意思の有無の判断を行っていることがわかった。この点、人権保障の観点から望ましいと評価した上で、公証人についても、代理権の範囲や受任者の適格性判断、受任者の権限濫用防止のための監督者の設置などに注力する方がよいとの結論に達した。