

# ドイツにおける任意後見の実情

神野 礼 斉

## 1 はじめに

任意後見制度は、平成11年に、自己の後見のあり方を自らの意思で決定するという自己決定の尊重の理念に則して、法定後見制度と相互に補完し合う契約型の制度として創設された。法定後見制度の運用においては、「家庭裁判所は、……職権で、成年後見人を選任する」ので(民法843条)、本人の希望する候補者が成年後見人等に選任される保証はない。平成11年改正時の立案担当者によれば、任意後見制度の創設によって、「成年後見制度の中心は、民法に基づく法定後見制度から、任意後見法に基づく任意後見制度に移ったと、理念的・法制的には考えるべきことになろう」とされている<sup>(1)</sup>。

もっとも、成年後見制度の現在の利用状況は、法定後見制度の利用が圧倒的に多い。統計資料によれば<sup>(2)</sup>、令和3年12月末日時点における法定後見制度(成年後見・保佐・補助)の利用者数は合計で23万9933人であるのに対して<sup>(3)</sup>、任意後見制度の利用者数<sup>(4)</sup>は2663人であり、成年後見制度全体の利用者数の約1%にとどまっている。

---

(1) 小林昭彦=原司『平成11年民法一部改正法等の解説』56頁(法曹会, 2002年)。

(2) 最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況—令和3年1月～12月—」(裁判所のHP)。

(3) その内訳は、成年後見が17万7244人、保佐が4万6200人、補助が1万3826人である。

(4) 任意後見監督人選任の審判がされ、任意後見契約が効力を生じているもの。

任意後見制度が利用されない原因として、①任意後見は、契約手続自体や後見事務・監督事務の負担が重いこと、②報酬負担が重いこと、③任意後見受任者による不正に対する不安があることなどが指摘されている<sup>(5)</sup>。

ところで、成年後見制度が十分に利用されていない現状に対応すべく、平成28年、「成年後見制度利用促進法」が議員立法で成立した。その翌年の平成29年、この法律に基づく「成年後見制度利用促進基本計画」が閣議決定された。この基本計画は、全国どの地域においても、制度の利用を必要とする人が、尊厳のある本人らしい生活を継続することができる体制の整備を目指すものである。この計画に沿って、各地の社会福祉協議会などを中心とする地域連携ネットワークの構築が進められてきた。地域連携ネットワークにおいては、市町村、各専門職団体（弁護士会、司法書士会、社会福祉士会など）、金融機関、家庭裁判所、社会福祉協議会、医療・福祉関係団体などが互いに連携することが想定されている。

もっとも、この基本計画は、平成29年から令和3年の5年間とされていたため、引き続き、成年後見制度の諸課題に取り組むべく、令和4年3月、第二期基本計画が閣議決定された。この第二期基本計画は、第一期基本計画における課題に引き続き対応していこうとするもので、扱うテーマも多岐にわたるが、「任意後見制度の利用促進」も第二期基本計画では「優先的に取り組む事項」の一つに位置付けられている。第二期基本計画によると、「近年の人口の減少、高齢化、単身世帯の増加等を背景として、地域社会から孤立する人や身寄りがなくて生活に困難を抱える人の問題が顕在化している。そこで、人生設計についての本人の意思の反映・尊重という観点から、任意後見制度が積極的に活用される必要がある」とされている。

「任意後見制度が積極的に活用される」ためには何が必要か。本稿では、ドイツの任意後見制度である「事前配慮代理権（Vorsorgevollmacht）」の制度を

---

(5) 寺尾洋「任意後見制度の利用促進を考える」公証186号209頁（2018年）など参照。

取り上げて、若干の検討を試みたい。事前配慮代理権は、2021年12月末時点で、すでに530万件以上の登録がなされている。

## 2 ドイツにおける事前配慮代理権（任意後見制度）

ドイツの成年後見制度は「世話法（Betreuungsrecht）」と呼ばれている。ただし、ドイツの世話制度は、いわゆる法定後見制度である。これに対して、わが国の任意後見制度のように、任意後見監督人が選任されたときから契約の効力を生ずるという制度はドイツには存在しない。ドイツの任意後見は、通常の委任契約に基づく任意代理制度である。ただし、1992年の世話法施行後、ドイツ民法（以下、「BGB」という）では、任意代理人に対する被世話人の権利行使をその職務とする「監督世話人（Kontrollbetreuer）」を選任することは認められてきた（BGB旧1896条3項）。また、任意代理人が、本人の心臓の手術など本人の重大な医療行為に同意したり、強制入院などの自由剥奪措置を行う場合には、世話裁判所の許可を得なければならないとされ（BGB旧1904条、1906条など）、ドイツの世話制度においても、任意後見は世話に代替する重要な成年後見制度として位置付けられてきた。

近年、ドイツにおいて、この事前配慮代理権の利用はますます増加しており、将来において意思能力や同意能力を喪失する場合に備える（私的自治に基づく）法的保護手段として発展している。ドイツにおいても、その利用の促進が謳われており、たとえば、世話官庁<sup>(6)</sup>や世話協会<sup>(7)</sup>について定める「世話組織法（Betreuungsorganisationsgesetz）」も、事前配慮代理権についての情報提供や説明、助言を行うべきことを定めている（世話組織法6条3項、15

---

(6) 世話協会とは、民間の組織で、NPOや宗教法人によって運営され、管轄官庁によって認可を受けた団体。社会福祉や法律の専門家が常勤しており、ドイツ国内に約800の世話協会があるといわれる。

(7) 世話官庁とは、福祉行政を担う各自治体の担当課。

条1項1文1号参照)。そして、先述のように、連邦公証人連合会の中央事前配慮登録簿には、2021年末時点で、530万件以上の事前配慮代理権が登録されており、また、事前配慮代理権の登録は必須ではないため、未登録の事前配慮代理権も多数存在すると考えられている。

### （1）2021年の世話法改正

ところで、ドイツの世話制度は2021年に大きな改正を受け、2023年1月から施行されている。このたびの世話制度の改正の背景に、障害者の権利に関する条約（以下、「障害者権利条約」という）への対応がある。障害者権利条約12条2項は、障害者は「生活のあらゆる側面において他の者との平等を基礎として法的能力を享有する」とし、さらに同条3項は、「障害者がその法的能力の行使に当たって必要とする支援を利用する機会を提供する」とする。これらの趣旨は、安易に本人の行為能力を制限して本人の意思決定の自由を奪ってはならないということであり、意思能力を有しない本人の希望や意向も最大限尊重しなければならないということであり、成年後見制度は「意思決定代行制度」から「意思決定支援制度」に転換しなければならないということである。

そこで、ドイツの改正法では、この趣旨を反映すべく、世話は被世話人本人を支援するものであり、世話人は必要な場合に限ってのみ、代理という手段を用いることができることを明確にしている（BGB1821条）<sup>(8)</sup>。

そして、今回の改正では、任意後見制度である事前配慮代理権についても一定の改革が行われた。具体的には、①任意代理人を監督する監督世話人の選任要件、②世話裁判所が、任意代理人の代理権行使を一時的に停止することができるための要件、③監督世話人が任意代理人の代理権を撤回することができるための要件などが、条文上、明確化された（BGB1820条）。その詳

---

(8) BGB1821条1項1文は、「世話人は、被世話人の事務を法的に処理するにあたっては、被世話人を援助しなければならないが、必要な場合に限り、第1823条による代理権を行使することができる」と定めている。

細については後述する。

## (2) 事前配慮代理権の性格

法定後見である「世話」と任意後見である「事前配慮代理権」との関係については、ドイツ世話法は「必要性の原則 (Erforderlichkeitsgrundsatz)」に従うので、本人が事前にだれかに代理権を授与している場合は、法定後見たる世話は開始しない。すなわち、BGB1814条3項2文1号は、成年者の事務が、「任意代理人によって、……世話による場合と同様に処理することができる」とき、世話人選任の必要性は否定され、任意代理は世話に優先することを定めている。

もっとも、任意代理の場合、本人の判断能力が減退してくると、本人による監督が不十分となり、濫用のリスクを伴う。事前配慮代理権付与に伴うリスクはドイツでも指摘されており、事前配慮代理権に対する法的規制を強化すべきとの声もある<sup>(9)</sup>。しかし、他方で、一定の方式を要求したり、助言を受けるとを義務付けるなど、事前配慮代理権の授与についてさらなる要件を加重すること、あるいは、重要な財産行為の代理について裁判所の許可を要求するなど代理人の行動を規制することについては、委任者の私的自治や自己決定を大幅に制限することにもなりうるとの慎重な意見も有力である。たしかに、自己決定を可能な限り包括的に認めることは脆弱な人々にとっては一定の危険に結び付くことにもなりうるが、立法者による自己決定権への介入には、常に特別な正当化根拠が必要となるとの考え方である。

## (3) 事前配慮代理権に対する最小限の規制

ちなみに、1997年の世話法改正によって、任意代理人が、本人の重大な医療行為および強制入院等の自由剥奪措置に関して決定する場合には、これらの措置が明示的に記載された書面による代理権の授与が必要とされるとともに、その決定に際しては裁判所の許可が要求されることとなった。この改正

---

(9) Uwe Brucker, Gewaltfreie Pflege – Prävention von Elder Abuse, BtPrax 2018, 211f.

によって、医療行為や入院といった本人の一身専属的な事務について、世話人だけでなく、任意代理人も決定できることが明文化され、本人の自律性がより強化された。その一方で、このようなデリケートな領域に関する代理権が軽率に付与されないように、代理権授与の要件が明確化され、また、重大な措置に関する任意代理人の決定が世話裁判所の決定という形で監督されることが保障された（この扱いは、今回の2021年改正によっても変更はない）。

しかし、これらの医療行為や強制入院等の事務以外については、任意代理権の授与やその行使について特に制限は設けられていない。ただし、BGB1814条3項2文1号によれば、権限濫用を誘発するような利益相反に対処するため、本人の介護等を行っている施設やサービスの運営者と一定の関係を有する者が任意代理人である場合は、必要性の原則が除外され、別途、法定後見人たる世話人を選任することは可能とされている。しかし、あくまで世話人の選任を妨げないということであり、それらの人に事前配慮代理権を付与することそれ自体が禁じられるわけではない。法定後見たる世話においては、これらの者は世話人になることそれ自体が禁じられている（BGB1816条6項）。事前配慮代理権においては禁じられないのは、本人の私的自治および自己決定権への不相当な介入となるからだとされている。

任意代理人の濫用のリスクに対しては、旧法においても、任意代理人を監督する世話人を選任することは認められていた。ただ、これについて定めていたBGB旧1896条3項は、「任意代理人に対して本人の権利を行使することをその職務とする」世話人を選任ことができると定めるにすぎなかった。そこで、新法では、この監督世話人制度について、監督世話人による代理権の撤回権も含めて、BGB1820条の3項から5項に詳細に規定するに至った。

#### （4）2021年改正における議論

ところで、このたびの改正に先立つ議論の過程では、関与した専門家の大多数が、私的自治を過度に制限しないために、事前配慮代理権の要件は、こ

れまでと同様、できるだけ敷居を低いままにしておくことに賛成していた。専門家ワーキンググループでは、オーストリア法を参考に、事前配慮代理権の授与についてさらなる要件を課すべきかについて議論がなされた。より具体的には、方式の要件、登録または供託の義務、助言義務、意思能力の証明、内部関係の規律などについて議論がなされた。しかし、専門家たちは、事前配慮代理権の授与について、さらなる要件を課すことには反対だった。また、事前配慮代理権の行使においても、さらに裁判所の許可義務を追加すべきではないかが議論された。具体的には、世話と同様に、不動産取引や住宅の放棄などについて裁判所の許可を要求すべきかどうかを検討されたが、結果として拒否された。結局、このような意見に従って、さらなる要件や条件を設けることによって事前配慮代理権の授与や行使の敷居を高くすることはなされなかった。もっとも、事前配慮代理権を付与することに伴うリスクについては、成年後見に関するパンフレットや、世話協会、世話官庁による情報提供や助言において注意喚起がなされるべきことも同時に指摘されているのである<sup>(10)</sup>。

しかし、同じく事前配慮の制度である「患者の指示書 (Patientenverfügung)」(リビング・ウィル) については民法上一定の要件が課されているのに対して (BGB1827 条参照)、事前配慮代理権については、その要件として一定の方式が要求されることはなかった。もとより、事前配慮代理権についても、その明確性を確保するため、書面の形式による授与は推奨されている。また、一部の法律行為については、いずれにせよ、他の法律によって特別な形式が要求されている。例えば、土地や住居を取得・譲渡したり (BGB311 条 b 第 1 項)、消費者金銭消費貸借を締結したり (BGB492 条 4 項) するために代理権が授与されるときは、公正証書による必要がある。

しかし、改正の議論における専門家の意見に従って、事前配慮代理権につ

---

(10) BT-Drucksache 19/24445, 245.

いて、法律上の明確な定義付けはなされなかった。したがって、事前配慮代理権は、法的には民法総則の BGB164 条以下に基づく通常の代理権である。この事前配慮代理権は、本人が意思能力を失った場合もなお存続し、世話人の選任を回避するために授与されるものである。このような事前の配慮という目的は、代理人と本人との内部関係の問題に過ぎない。

#### （5）事前配慮代理権と世話との関係

もっとも、すでに述べたように任意代理権には一定のリスクが伴う。事前配慮代理権の濫用はどのようにして生じるのか。一つは、①任意代理人が本人の依存関係や寄り添なき状況を利用して、不正に代理権を取得することによって、もう一つは、②有効に授与された代理権が濫用的に行使されることによって生ずるとされる。先述のように、任意代理は原則において世話に優先するが、任意代理権が存在するにもかかわらず世話を開始すべき場合とはどのような場合か。

##### （a）代理権授与当時の意思能力の有無

世話裁判所は、事前配慮代理権の存在を理由に世話を回避することを検討するに際しても、疑わしい場合には、委任状が作成された時点での意思能力に関する専門家の意見を得ることによって、代理権は有効に授与されたかどうか委任状が正当に作成されたかどうかを確認しなければならない。このことは、障害者権利条約 12 条 4 項が、「締約国は、法的能力の行使に関連する全ての措置において、濫用を防止するための適かつ効果的な保障」を求めていることとも合致する<sup>(11)</sup>。

ドイツにおいても、委任状の作成時に本人が意思能力を有していたかどうかはしばしば問題になっている。もっとも、ここで要求される能力は、あらゆる法律行為を行うことのできる能力ではなく、本人がその代理権について他人の影響を受けずにその根本内容を認識できる能力で足りると解されている

---

(11) Claudio Nedden-Boeger, Die Vorsorgevollmacht in der betreuungsgerichtlichen Praxis, BtPrax 2019, 87.

る。したがって、代理権を授与した時点において仮に本人がもはや複雑な法律行為は行うことができなかつたとしても、当該事前配慮代理権はなお有効たりうる<sup>(12)</sup>。とはいっても、本人に意思能力があつたことの立証は必ずしも容易ではない。判例によれば、意思能力の存在について疑義があつたとしても、そのみをもつて事前配慮代理権の有効性の推定は揺るがないとされる<sup>(13)</sup>。

ただし、代理権の有効性についていったん疑義が生じた場合、それを理由にその後の法的取引において当該代理権が受け入れられない場合があり、すなわち、第三者が当該代理権を拒絶し、または拒絶することが予想される場合は、世話を開始せざるを得ないこともある。もっとも、その場合も、(有効か無効かはっきりしない)委任状から当事者間の信頼関係を読み取ることができるときは、その委任状を授与された者が世話人の候補者として優先的に考慮される<sup>(14)</sup>。

#### (b) 任意代理人としての適格性

任意代理人が適性を有しないと思われる場合はどうか。先述のように、任意代理人が「世話による場合と同様に処理することができるとき」世話は開始しないところ(BGB1814条3項2文1号)、任意代理人には、職業世話人による世話の質の水準までは求められておらず、任意代理人は本人の必要としている支援をカバーできればそれで足りると解されている。したがって、任意代理人が存在するにもかかわらず世話を開始するのは例外的なケースである。例えば、その後に任意代理人自身について世話人が選任されることになった場合、あるいは、その他の理由から本人が必要としている援助をまったく行うことができなくなった場合などである<sup>(15)</sup>。なお、本人と任意代理人

---

(12) OLG München, Urteil vom 27. 3. 2017, BeckRS 2017, 105158.

(13) BGH, Beschluss vom 3. 2. 2016, FamRZ 2016, 701 など。

(14) BGH, Beschluss vom 8. 11. 2017, FamRZ 2018, 206.

(15) BGH, Beschluss vom 19. 10. 2016, FamRZ 2017, 141.

の住居が離れていたとしても、代理権を授与する際にその状況を認識し、甘受していた場合は、任意代理人としての適性が問題となることはない。ただし、本人は、任意代理人が介護スタッフその他の適切な援助を用いることは認めなければならない<sup>(16)</sup>。

任意代理権の行使に若干不適切なところがあったとしても、委任者が任意代理人に与えた信頼を考慮すれば、委任者の想定範囲を超えていない限り、それは甘受されるべきともいえる。たしかに、職業世話人や世話協会の世話人であればもっと上手く事務処理を行うことができるかもしれない。しかし、そのことをもって、当該任意代理人に加えてさらに世話人を選任し、あるいは当該任意代理人に代えて世話人を選任する根拠とはならない<sup>(17)</sup>。任意代理人が存在するにもかかわらず世話を開始するのは、任意代理人が当初からもっぱら自己の利益のみを追求するなどの例外的なケースに限られる。例えば、代理権を授与された本人の娘が、本人の財産のほとんどを贈与の方法で自己に移転し、また自己の兄にも授与されていた代理権の委任状を隠匿し、さらには、世話手続において手続保護人と本人との会話を妨害しようとするなどの場合である<sup>(18)</sup>。

また、任意代理人が本人の親族と不和になったとしても、そのことのみをもって任意代理人が本人の事務を適切に処理できないとはされない<sup>(19)</sup>。しかし、解消不能な不和が本人の福祉にとって不利益に作用する場合<sup>(20)</sup>、あるいは、そのような不和が任意代理人と本人との調整不能な衝突に至る場合は別である<sup>(21)</sup>。

---

(16) BGH, Beschluss vom 10. 10. 2018, FamRZ 2019, 140.

(17) OLG Brandenburg, Beschluss vom 10. 3. 2005, FamRZ 2005, 1859.

(18) BGH, Beschluss vom 19. 7. 2017, FamRZ 2017, 1712; BGH, Beschluss vom 25. 4. 2018, FamRZ 2018, 1110.

(19) BGH, Beschluss vom 15. 8. 2018, FamRZ 2018, 1770.

(20) BGH, a. a. O. (注 16) , FamRZ 2019, 140.

(21) BGH, Beschluss vom 13. 9. 2017, FamRZ 2017, 1963.

代理権が共同行使を前提に複数の人物に付与されている場合、代理人たちが実際に共同して代理権を行使できるかについても注意が必要である。共同行使ができなければ、世話と同様の事務処理も不可能だからである。すなわち、任意代理人間での協力や調整が必要であり、したがって、最低限の協力の用意があることは前提となろう<sup>(22)</sup>。

### (c) 任意代理人の意欲

任意代理人が代理権を行使して本人の事務を処理する意欲がない場合はどうか。例えば、委任者と任意代理人がその後疎遠となったが、代理権が撤回されないままになっている場合、あるいは、その後生じた兄弟間の紛争に耐えられなくなった任意代理人が、むしろ中立の立場にある世話人を選任することを自ら提案する場合、あるいは、本人と争いが生じ、本人の信頼を失うことを嫌って、任意代理人が本人の反対している必要な措置を講ずることを放棄し、世話を提案する場合などである。代理権の不使用の理由は明らかでない場合も多いが、いずれにせよ、本人の事務が任意代理人によって実際に処理されない場合は、たとえ任意代理権が存在していても、世話人を選任せざるを得ないことになる<sup>(23)</sup>。

### (d) 行為能力の制限の必要性

なお、同意の留保(BGB1825条)を設定する必要があるときは、世話を開始しなければならない。世話人が選任されても原則において本人の行為能力は制限されないが、本人の身上または財産に対する著しい危険を回避するために必要な限りで、世話裁判所は、被世話人が意思表示をするために世話人の同意を必要とすることを命ずることができる(同意の留保)。もっとも、この場合も、任意代理人が同時に世話人に選任されることになる。任意代理人が追加的に世話人に選任されても、任意代理権は消滅しないので、任意代理人は二重の資格を得ることになる<sup>(24)</sup>。

---

(22) BGH, Beschluss vom 31. 1. 2018, FamRZ 2018, 623.

(23) Neddén-Boeger, a. a. O. (注 11), BtPrax 2019, 88.

### 3 2021年の改正

2021年改正後のBGB1820条は、これまで民法上分散されて規定されていた事前配慮代理権に関する規定を、監督世話人の選任や事前配慮代理権の撤回に関する要件も含めて、一つにまとめたものである。

#### (1) 事前配慮代理権についての裁判所への情報提供義務 (1項)

BGB1820条1項は、「成年者の世話人選任手続の開始を知り、かつ、その成年者が他の者にその事務を代理する権限を与えた文書を有する者は、遅滞なく、世話裁判所にその旨を通知しなければならない。世話裁判所は、謄本の提出を求めることができる」と定める。

本項は、BGB旧1901条cに対応するものであるが、旧規定で使用されていた「書面 (Schriftstück)」の用語が、「文書 (Dokument)」に置き換えられている。これは、古典的な紙媒体の書面だけでなく、電子記録も含むことを明確にするための変更だとされている。なお、委任状の提出義務については、その原本を引き渡す必要はなく、裁判所は、写しを請求することができる。

先述のように、世話法は「必要性の原則」に従うので、すでに事前配慮代理権が存在していれば、裁判所は世話を開始する必要はない。したがって、世話の開始に関する裁判所の手続においては、世話人の選任が不要となる代理権の存在について、情報が提供される必要がある。すべての事前配慮代理権が連邦公証人連合会の中央事前配慮登録簿に登録されているわけではないので、裁判所は他の情報源にも頼る必要がある。そこで、このような事前配慮代理権についての裁判所への情報提供義務が定められている。

この情報提供義務については、どのような方法で代理権の存在を知ったのか、どのような方法で委任状を所持していたのか、また、その所持者が受任

---

(24) Nedden-Boeger, a. a. O. (注 11), BtPrax 2019, 89.

者自身かそれ以外の第三者かなどは問われない。そのような文書の所持者は、裁判所が他の方法によってすでに情報を得ていると確信できない限り、自ら世話裁判所に連絡しなければならない。なお、委任状の所持者が任意にこれを提出しない場合、裁判所は、家事事件及び非訟事件の手續に関する法律（以下、「FamFG」という）285条2項による決定によって、提出を命ずることができ、この決定は執行力を有する。

## （2）代理権の授与に一定の方式が要求される場合（2項）

BGB1820条2項は、「次に掲げる任意代理人による措置は、代理権が書面で与えられ、かつ、代理権が当該措置を明確に含んでいなければならない」として、1号から3号までの措置を挙げている。

本項は、本人の一身専属的事務への重大な介入に関するものである。旧法では、この書面の要件は、個別の措置ごとの要件として規定されていたが、新法では、任意代理権授与の要件としてまとめてここに規定された。

もっとも、規定の位置が変わっただけで、旧法から内容の変更はない。したがって、これまでの旧規定に関する解釈がそのまま当てはまることになる。

具体的に書面による代理権授与を必要とする措置は、まず、1号が定める医的措置である。例えば、心臓の手術、脚の切断など重大な医療行為への同意（BGB1829条1項1文）、また、胃瘻による人工栄養補給の中止など重大な医療行為への不同意または同意の撤回（同条2項）については、書面による代理権授与が必要となる。

2号の措置は、収容または自由剥奪措置である。例えば、精神科病院の閉鎖病棟への強制入院など自由剥奪を伴う収容（BGB1831条）、ベッドや車いすに縛り付ける身体拘束など機械的装置や薬物による自由剥奪措置（同条4項）がこれに当たる。

3号が定める措置は「強制治療」と呼ばれる。例えば、治療を拒否している精神疾患の患者への強制的な投薬治療など本人の自然の意思に反する強制治療（BGB1832条）、また、このような強制治療を行うための精神科病院の

開放病棟への強制入院など、自由剥奪を伴わない入院がこれに当たる（同条4項）。閉鎖病棟など自由剥奪を伴う入院についてはBGB1831条によって可能であるが、開放病棟など自由剥奪を伴わない入院については、従前は規定が存在しなかったため、2017年の改正によって新たに導入された<sup>(25)</sup>。

以上のような一身専属的事務への重大な介入を伴う措置については、「代理権が書面で与えられ、かつ、代理権が当該措置を明確に含んでいなければならない」とされ、代理権授与の要件が加重されている。また、これらの措置について任意代理人が決定する場合は、原則において、世話裁判所の許可を得なければならないとされ、本人の人格権保護に配慮がなされている。

### （3）監督世話人選任の要件（3項）

BGB1820条3項は、監督世話人選任の要件を定める。これによれば、世話裁判所が監督世話人を選任することができるのは、①委任者が、疾病または障害のために任意代理人に対して権利を行使することができず、かつ、②任意代理人が、委任者との取決め又は委任者が表明した意思若しくは推定的意思に従って、委任者の事務を処理していない具体的な根拠がある場合である。

2021年改正前は、監督世話人の選任については、BGB旧1896条3項が、世話人の職務範囲として「任意代理人に対する本人の権利行使」も定めうるという形で規定していたに過ぎなかったが、新法では、監督世話人の選任の要件が、法律上、明確にされた。

本項に定められている内容は、これまで判例法において発展してきたものを明文化したものである。すなわち、連邦憲法裁判所は、監督世話人を選任することは委任者本人の自己決定に対する重大かつ広範な介入になると捉えていたので<sup>(26)</sup>、連邦通常裁判所も、監督世話人の選任についてはより高いハードルを設定していた。新法では、後述のように監督世話人に任意代理人の代

---

(25) 神野礼斉「認知症患者をめぐる医事法上の問題」甲斐克則編『精神科医療と医事法』（信山社、2020年）281頁以下参照。

(26) BVerfG, Beschluss vom 10. 10. 2008, FamRZ 2008, 2260.

理権の撤回権も与えられることになったので、監督世話人の選任は厳格であるべきとのこれまでの判例の考え方は、新法においてますます当てはまることになった。

法定後見人たる世話人と異なり、任意代理人は世話裁判所の監督には服しない。したがって、委任者の判断能力が減退したとき、任意代理人を監督する者がだれもいなくなってしまう。そこで、委任者を保護するためにこの監督世話人の制度が必要となる。その要件は、1号が定める通り、「委任者が、疾病または障害のために任意代理人に対して権利を行使することができない」場合であるが、ただ、この要件が存在するのみでは監督世話の開始にはいまだ不十分だとされている。

すなわち、連邦通常裁判所によれば、これに加えて、任意代理権によっては世話の必要性を満たすことができないことの具体的な根拠が存在することも必要であるとされる<sup>(27)</sup>。というのも、委任者は、自分がその事務を自ら処理することができなくなる場合に備えて事前配慮代理権を与えているのだから、監督世話の必要性は、委任者がその疾病のために自ら任意代理人を監督することができなくなることのみをもっては正当化されないからである。すなわち、監督の具体的な必要性が確認されて初めて、監督世話人の選任が必要となるのであるが、監督の必要性があるかどうかは、委任者の意思を考慮して検討されなければならない。監督世話人が選任される場合にも、委任者の意思が尊重されなければならないので、委任者が任意代理人の活動についてどのような考えや期待をもっていたかを考慮しなければならないのである。

したがって、客観的な基準や委任者の客観的な福祉が重要になるのではなく、むしろ、任意代理人が、委任者の事務を取決めの内容に従って処理していないとか、委任者の表明した意思やその推定的意思に従って処理していな

---

(27) BGH, Beschluss vom 1. 8. 2012, FamRZ 2012, 1631; BGH, Beschluss vom 16. 7. 2014, FamRZ 2014, 1693.

いなどの具体的な根拠があるかどうかが重要となる。要するに、任意代理人の活動が、委任者の思い描いていたことから逸脱しているかどうかが重要となる。

この3項2号の文言は、連邦通常裁判所2015年9月23日決定<sup>(28)</sup>に依拠するものである。委任者が予期していないような代理権の行使としては、例えば、法的事務の困難さや自身の病気など理由に任意代理人から過大な要求がなされていること、任意代理人の誠実さに重大な疑義があること、任意代理人との間に新たな利益相反関係が生じていることなどが考えられる。

なお、旧法では、監督世話人の選任については、専門家の鑑定に代えて医師の診断書で足りるとされていたが、新法ではこの条文は削除された（FamFG旧281条1項2文の削除）。その理由は、監督世話人の職務範囲は、他の世話人の職務範囲と同様、被世話人の自己決定権への重大な介入となりうるからである。また、司法補助官法の改正によって、監督世話人の選任については必ず裁判官が関わることになった（司法補助官法15条1項1号）。このような対応は、監督世話人の選任は委任者の自己決定に対する重大な介入になるという連邦憲法裁判所の判例に配慮したものである。また、後述のように、新法では監督世話人は任意代理人の代理権を撤回する権限も付与されており、委任者の自己決定への介入の度合いがますます大きくなったことにも配慮したものである。

ただし、すでに改正前の法律に従って、医師の診断書に基づいて、また司法補助官によって選任されている監督世話人であっても、新法施行後は、撤回権は付与される。撤回権によって生ずる介入は、後述の5項における裁判官による許可手続によって十分に正当化されるからである。

#### （4）代理権行使の禁止（4項）

BGB1820条4項は、今回の改正で新たに導入された制度である。本項は、「世

---

(28) BGH, Beschluss vom 23. 9. 2015, FamRZ 2015, 2163.

話裁判所は、次に掲げる事実がある場合、任意代理人が付与された代理権を行使してはならず、かつ、世話人に委任状を引き渡すことを命ずることができる」とした上で、①「任意代理人が委任者の希望に従って行動せず、これによって委任者の身上又は財産を著しく脅かす差し迫った危険がある場合」(1号)、または、②「任意代理人が監督世話人の職務の遂行を妨害する場合」(2号)を挙げている。

この規定は、代理権濫用の疑いがすでにあるものの、それが永続するわけではない場合に、直ちに代理権を撤回するのではなく、一時的に短期間代理権を「停止する」という必要性を考慮に入れたものである。

具体的には、裁判所は、この規定に基づいて、任意代理人がその代理権を行使してはならないことを命ずることができる。これは、代理権の撤回をも検討すべき緊急の事情があるものの、いまだこれを十分には確認できないなどの場合を想定している。これまで、任意代理人による代理権行使について疑念を払拭するまでには至っていないとき、その代理権を一時的に停止する制度は存在しなかった。したがって、これまで、委任者自身にもはや代理権を撤回するだけの能力がないとき、世話人もしくは裁判所が代理権を撤回する方法しかなかった。しかし、いったん撤回されてしまうと、代理権は不可逆的に消滅してしまう。したがって、調査の結果、なされた非難について根拠がなかった、あるいは、任意代理人がこれまでの行動を改めたことが判明した場合でも、代理権を復活させることはできない。委任者にはもはや意思能力がなく、しかし保護の必要性がある場合、もはや委任による代理権の授与は不可能なので、かつての任意代理人を法定後見人たる世話人に選任するほかなかった。そこで、今回の改正作業では、専門家ワーキンググループにおいて、世話人または裁判所に調査に必要な時間を与えるために、このような微妙な(misslich)状況に対処する何らかの規律を設けるべきとされ、この制度が創設された。

なお、裁判所による代理権行使の留保命令中に任意代理人が代理権を行使

しないように、裁判所は、同時に、委任状の引渡しを命ずることができる(本項1文)。代理権の行使を禁ずる措置は、通常は、緊急の場合であることが考えられるため、世話裁判所は、迅速かつ効果的な執行のために、引渡しの命令も出すべきとされた。ただし、委任状は、裁判所ではなく、世話人に引き渡さなければならない。もし疑惑が確認されなければ、すなわち、代理権を撤回すべきような根拠がない場合は、裁判所は命令を取り消し、委任状は世話人によって任意代理人に返却される(本項2文)。

ちなみに、今回の改正において、FamFG285条に新たに2項が設けられ、それによれば、1文に従って世話人に委任状を引き渡すこと、ならびに2文に従って任意代理人に委任状を返却することについては、裁判所の決定によって命ずることができ、これは執行することも可能である。

#### (5) 代理権の撤回(5項)

BGB1820条5項は、「世話人は、代理権に従うことによって被世話人の身上又は財産への将来の侵害が十分な蓋然性をもって重大な範囲で生ずるおそれがあり、かつ、より緩やかな措置では被世話人への損害を回避することが不十分であると思われるときに限り、身上監護の措置又は財産管理の重要部分についての措置を委ねた代理権又は代理権の一部を撤回することができる。撤回をするには、世話裁判所の許可を得なければならない。世話裁判所は、代理権の撤回の許可において、委任状の監督世話人への引渡しを命ずることができる」と定める。

この新しい5項では、事前配慮代理権の撤回権が明文化された。ただし、この撤回については、裁判所の許可を要する。

事前配慮代理権を撤回する権限についての要件は、すでに連邦通常裁判所の判例によって具体化されていた。この要件を法律上明確化すべきことについては、すでにしばしば主張されていた<sup>(29)</sup>。したがって、本条の内容は、連

---

(29) Sebastian Mensch, Die Kontrollbetreuung, BtPrax 2016, 92.

邦通常裁判所の判例に依拠している。

連邦通常裁判所によれば、事前配慮代理権の撤回は、まずもって被世話人の自己決定権への重大かつ不可逆的な介入になることを前提としている。なぜならば、撤回行為は、委任者による当初の私的自治に基づく事前配慮の設計を損なうことになるからである。

しかし、他方で、委任者の保護のためには、場合によっては、裁判所による監督も必要となる。そこで、本条が創設されるまでは、連邦通常裁判所は、改正前の旧法を前提に、裁判官による法創造の方法で、監督世話人に事前配慮代理権の撤回権をその職務範囲として委ねることができるとしていた。しかし、本条施行後は、委任者の保護は、世話裁判所による許可によって保障されることになる。

撤回権の付与と撤回権の許可という二重の関与までは必要ないとされた。すなわち、新法では、世話人にはその選任によってすでに代理権の撤回権は付与されている。このことは、監督世話人だけでなく、個別に財産管理や身上監護をその職務とするその他の世話人にも当てはまる。要するに、新法では、委任者の保護は、世話人の職務範囲を明確に命ずるという方法ではなく、裁判所による許可要件を設定するという方法によって図られることになった。

#### (a) 撤回の要件

1文は、世話人が代理権を撤回することのできる要件を規定している。本稿が撤回の対象としているのは事前配慮代理権である。したがって、その他の例えば郵便物や口座の管理のための代理権などは、その撤回について本項の厳格な要件は適用されない。もっとも、事前配慮代理権とは具体的に何を指すのか。事前配慮代理権については、法律上、定義はない。そこで、本項は、事前配慮代理権として、事前配慮の目的に資する典型的な代理権の内容を想定している。想定されている代理権は、本項にあるように、委任者のために身上監護に関する措置または財産管理における重要部分についての措置を行

う代理権である。

事前配慮代理権の撤回が許されるのは、これまでの連邦通常裁判所の判例に従って、本項においても、①代理権に従うことによって被世話人の身上または財産への将来の侵害が十分な蓋然性をもって重大な範囲で生ずるおそれがあり、かつ、②より緩やかな措置では被世話人への損害を回避することが不十分であると思われるときである。

その際、監督世話人は、その他の世話人と同様、本人の希望尊重義務（BGB1821 条2項ないし4項）に従わなければならない。したがって、監督世話人が、本人に代わって、有効に授与された代理権を撤回するかどうかを決定する際に重要となるのは、あくまで被世話人の視点であり、特に問われなければならないのは、代理権の撤回が被世話人の推定的意思に副うものかどうか、あるいは、危険や損害を甘受してでも委任者は任意代理人に固執するかどうかである。

代理権の撤回については、すでに連邦通常裁判所が述べているように、あくまで最終手段だと解されている<sup>(30)</sup>。したがって、代理権の行使に不備があっても是正可能である場合は、相当性（Verhältnismäßigkeit）の原則に従って、まずは、監督世話人は任意代理人に積極的に働きかけることを試みるべきだとされる。とりわけ、委任に関する BGB666 条による情報提供および説明を要求し、あるいは、指示権限を行使する。仮にこれらの措置が失敗に終わり、または確認された事実に基づいて十分な確実性をもって不適切であると思われる事由がある場合のみ、代理権の撤回が認められる。

代理権を一部においてのみ消滅させるべきときは、一部撤回も可能である。また、複数の任意代理人に代理権が授与されている場合に、一部の代理人についてのみ代理権を撤回することも可能である。撤回がなされた場合、監督世話人は、撤回による代理権の制限が、委任状において明確にされているか

---

(30) BGH, Beschluss vom 28. 7. 2015, FamRZ 2015, 1702.

について留意すべきとされる。

### (b) 裁判所による許可

2文は、裁判所による許可について定める。裁判所は、職権で調査をすることができる。この裁判所による許可手続が必要となるのは、監督世話人が代理権を撤回する意向表明をした場合のみである。すなわち、裁判所は、直接には、任意代理人に対して監督措置を行うことはできない。

なお、先述のように、事前配慮代理権の撤回は、委任者の自己決定権への重大かつ不可逆的な介入になるので、裁判所は、撤回を許可する前に、委任者である被世話人を個人的に審問しなければならない(FamFG299条1文)。また、監督世話人選任手続と同様、この許可手続についても、裁判官にその権限があることが司法補助官法において明確にされている(司法補助官法15条1項1号)。

### (c) 委任状の引渡し

さらに、3文によれば、世話裁判所は、世話人を援助するために、撤回の許可と同時に、執行可能な決定によって委任状の(最終的な)引渡しを命ずることもできる。たしかに、任意代理人が委任状を任意に世話人に引き渡し、あるいは、世話人自身が被世話人に対してBGB175条に基づく返還請求権を行使するとき、このような措置は必要ない。しかし、裁判所が、委任状の引渡しを許可するという方法で世話人を援助できる余地も認めておくことは、本人保護のために望ましいと考えられた。この引渡しの命令も、先述の代理権の一時停止の場合の引渡しと同様、決定の方法によって行うことができる(FamFG 285条2項)。

## 4 結びに代えて

任意後見契約が登記されている場合には、家庭裁判所は、「本人の利益のため特に必要があると認めるとき」に限り、法定後見開始の審判をすることが

できる（任意後見契約に関する法律〔以下、「任意後見法」という〕10条1項）。「法は、平成12年4月1日に施行された新しい成年後見制度における自己決定尊重の理念にかんがみ、任意後見を選択した者については、民法所定の成年後見制度を必要とする例外的事情がない限り、任意後見を優先させようとするのである」<sup>(31)</sup>。「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任意後見契約法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」だとされている<sup>(32)</sup>。

他方、ドイツにおいても、成年者の事務が、「任意代理人によって、……世話による場合と同様に処理することができる」とき、世話人選任の必要性は否定され、任意代理は世話に優先することを定めている（BGB1814条3項2文1号）。任意後見をできるだけ優先させようとする姿勢は、日独共通の理念であるように思われる。

しかし、日独の任意後見制度には異なる点も少なくない。

第一に、(i) ドイツの任意後見は通常の委任契約に基づく民法総則に規定された任意代理制度である（BGB164条以下）。これに対して、日本の任意後見は、本人と将来任意後見人になる任意後見受任者が任意後見契約を結び、「任意後見監督人が選任された時からその効力を生ずる」という特約が付される停止条件付の委任契約である（任意後見法2条1号）。もとより、日本においても従来の民法の枠組みの中で通常の任意代理制度を利用することもできた。日本でも、通説は、本人が意思能力を喪失しても代理権は存続すると解している。しかし、本人が意思能力を失った後は本人による監督は期待でき

---

(31) 大阪高決平14・6・5家月54巻11号54頁。

(32) 高松高決令1・12・13判時2478号70頁。

ない。そこで、日本の任意後見は、家庭裁判所による後見監督人の選任を停止条件として効力を生ずることとした。

第二に、(ii)代理権授与の方式について、ドイツでは事前配慮代理権授与について特定の方式は要求されていない(BGB167条2項)。他方、日本では、任意後見契約は公証人の作成する公正証書によらなければならない(任意後見法3条)。適法かつ有効な契約の締結を担保するためである。また、任意後見契約が締結されると、公証人から登記所への嘱託により、登記される仕組みになっているが(公証人法57条の3)、ドイツの事前配慮代理権は必ずしも登録の必要はない。ただし、連邦公証人連合会の中央事前配慮登録簿への登録は可能である。また事前配慮代理権を公正証書によって作成することはでき、公正証書による代理権の授与がどの程度あるかは必ずしも明らかではないが、2021年に新規に登録された事前配慮代理権のうち約82%は、公証人によって登録されており、ドイツにおいても相当程度公証人が関わっているとも考えられる。また、この登録簿への登録に際しては、事前配慮代理権のほか、患者の指示書(リビング・ウィル)も一緒に登録することができる。登録される事前配慮代理権のうち約77%について、同時に患者の指示書も登録されている。

第三に、(iii)任意後見人の監督人については、日本では任意後見監督人の選任は必須である(任意後見法4条1項)。他方、ドイツにおいては監督人の選任は任意であり、必要があれば、監督世話人を選任することができる(BGB1820条3項)。

第四に、(iv)本人が委任できる内容については、日本の任意後見契約においては、自己の生活、療養看護および財産の管理に関する事務の全部または一部を委託する。他方、ドイツでは、これらの諸事務に加えて、さらに、手術への同意、延命措置への不同意といった重要な医的措置、精神科病院への強制入院といった自由剥奪を伴う収容などの措置についても、任意代理人に委任することができる(BGB1820条2項)。ただし、このような措置を委任

する場合は、代理権が書面で与えられ、かつ、代理権が当該措置を明確に含んでいなければならないとされ、また、それらの措置を行う場合は、世話裁判所の許可を得なければならないともされ（BGB1829条, 1831条, 1832条）、本人の人格権保護には配慮されていることには注意を要する。

最後に、(v) 不正行為等の権限の濫用があった場合について、日本では、任意後見監督人の監督等を通じて、任意後見人の不正行為、著しい不行跡その他任務に適しない事由が判明した場合、家庭裁判所は、任意後見監督人、親族などの請求により、任意後見人を解任することができる（任意後見法8条）。家庭裁判所に任意後見人の解任権を付与することによって、その監督権の実効性を担保するものとしている。他方、ドイツでは、監督世話人が、世話裁判所の許可を得て、事前配慮代理権を撤回することもできるが（BGB1820条5項）、それに先立って、差し当たりは、世話裁判所が任意代理人の代理権を一時停止するというより緩やかな措置をとることもできる（BGB1820条4項）。

以上の任意後見の日独比較を踏まえて、ドイツの制度の特徴を考えてみるに、第一に、①ドイツの任意後見制度は日本に比べて制度を利用するための要件の敷居が低く設定されている。代理権の授与に特に一定の方式は要求せず、監督人の選任も任意であるというドイツの制度の背景には、本人が私的自治に基づいて事前配慮の措置として信頼できる人物に任意代理権を付与することに法律上の制約を課すことは、本人の自己決定権への重大な介入になりうるという考慮があった。もとより、本人の自由を広く認めることは、その反面、濫用のリスクを引き受けることにもなる。そこで、ドイツでは、事後的に監督世話人を選任する余地を認め、場合によっては、代理権の一時停止、さらには代理権の撤回という保護措置を置いた。しかし、日本のように当初から監督人を置いておくのではなく、最大限本人の私的自治を尊重しようとするのが、ドイツ法の特徴といえよう。

そして、このような制度利用の敷居の低さが、ドイツで任意後見が多く利

用されることにつながっているようにも思われる。日本では任意後見監督人の選任は必須となっているので、仮に任意後見人については親族に依頼できたとしても、その後の監督人には専門職など第三者が選任される可能性が高いとすれば、その報酬の支弁は不可避の課題である。ドイツと異なり、日本では二重の報酬支払いが必要となりうる。

第二に、②ドイツの任意後見制度においては、延命措置の差し控えなども含めて医療に関する決定について委ねることができる。他方、日本の成年後見人の権限は、意思表示に基づく契約等の法律行為に限られ、身体に対する強制を伴う事項、例えば、手術・入院又は健康診断の受診の強制、施設入所の強制等は含まれないとされ、成年後見人に医療同意権はないとされている。しかし、日本においても、いかにして平穏な死を迎えるかについて関心をもつ人も少なくないように思われる。ドイツでは、登録される事前配慮代理権のうち約77パーセントについて、同時に患者の指示書も登録されている。日本でも、延命措置を差し控え、中止する旨を宣言する「尊厳死宣言公正証書」を作成することはできるが、法的な裏付けはない<sup>(33)</sup>。医療に関するリビング・ウィルの法制化、並びに、任意後見契約・遺言・リビング・ウィルの連携といった事前配慮措置の利用促進の工夫も、今後は重要な視点となるように思われる。

第三に、③ドイツでは、事前配慮代理権について、世話協会や世話官庁による組織的な広報・助言・支援体制が整っている。2021年の改正において、世話協会や世話官庁について定める世話組織法が創設されたが、この世話組織法には、世話協会や世話官庁が、事前配慮代理権について、情報提供、説明、助言を行うべきことが明確に定められている。翻って、日本でも、成年後見制度利用促進法に基づいて、地域連携ネットワークが構築されつつある。そして、第二期基本計画では、「任意後見制度の利用促進は、周知・助言を中心

---

(33) 尊厳死宣言公正証書について、日本公証人連合会『新版 証書の作成と文例 家事関係編〔改訂版〕』（立花書房、2017年）236頁以下参照。

とした関係者の連携と役割分担の下で行うことが適切である。したがって、市町村・中核機関は、周知・相談のしくみづくりを中心に役割を発揮することになる」とされ、また、「地域の実情に応じて、公証人が遺言制度と併せて周知するなど、公証役場や法務局等の関係機関と連携して周知活動を行うことが効果的である」ともされている。

多くの利用を生んでいるドイツの事前配慮代理権も参考に、引き続き任意後見制度のさらなる利用促進策について検討していく必要がある。