

成年後見制度の改正に関する要綱試案に対する

法務省民事局参事官室への意見

渡 邊 泰 彦
林 貴 美
右 近 潤 一

本稿は、一九九八年四月に法務省民事局参事官室から公表された『成年後見制度の改正に関する要綱試案』について、同志社大学大学院法学研究科民法研究室が法務省へ提出した意見をまとめたものである。意見書を作成するに際しては、まず、佐藤義彦教授を中心に、本稿を執筆した博士課程の大学院生二人のほか修士課程の大学院生が参加し、研究会を行った。そして、その研究会での意見をまとめたうえで、一九九八年七月に開催された同志社大学民法研究会で、本学出身の先生方にも参加していただいたうえで検討を行った。

これらの研究会は、本稿の執筆担当者が報告を行い、参加者がそれに対して意見を出すという形で進められた。本稿は、研究会における報告原稿をもとにし、研究会で新たに出された意見を補足して構成したものである。一部において、複数

の意見が併記してあるのもこのためである。

今回、この意見書を発表するに当たり、法務省民事局参事官室に提出したものと比べ、若干の修正を行っている。提出意見書においては、要綱試案にあげられた項目を順番にあげて意見を付したが、本稿では、重複する問題点については一カ所にまとめ、特に意見がでなかった項目（賛成としか意見を付していない項目）については割愛している。そのため、要綱試案にあげられている項目の順序と本稿であげられている項目とが一致しない点があることを断っておく。

なお、「禁治産制度及び準禁治産制度の改正について」は渡邊、「後見制度および保佐制度の改正について」は右近、「公的機関の監督を伴う任意代理制度（任意後見制度）について」は林が、それぞれ執筆を担当した。

第一 禁治産制度及び準禁治産制度の改正について

一 補助類型

1 補助開始決定

申立権者の一つに挙げられている、福祉関係については行政機関の範囲をある程度示さなければ意見の述べようが無いともいえる。例えば、福祉関係の行政機関が身寄りのない本人のために申立てができるのであれば、もはや検察官を申立権者とする必要もないであろう。他の制度とのバランスから検察官を申立権者とするというよりも、民法において検察官を申立権者とする必要性自体から考え直すべきではなからうかと考える。また、検察官ではなく、他の行政機関が申し立てても、開始決定については家庭裁判所が審査するのであるから、本人の保護に欠けるわけではない。

申立権者を福祉関係の「行政機関」に限定する理由として、民間施設であれば濫用的な申立権の行使のおそれがあると述べられているが、本人の同意を要件とする補助類型においては、それほど問題を生じないともいえる。また、保佐・後見類型においても、問題となるのは濫用的な申立てではなく、成年後見人による濫用的な権限行使である。本人の判断能力を無視して、濫用的に申し立てられても、開始決定をしなければすむ。本人の判断能力が成年後見人による助けを必要とするのであれば、誰が申し立てたところで、どのみち開始決定はなされなければならない。本人の判断能力が低下しているにもかかわらず、成年後見の申立てにより本人の財産が危険にさらされるのであれば、それは成年後見人選任の段階で解決されるべきである。そのため、濫用的な申立てとは、具体的にどのような場合をさすのかあまり明らかではない。

補助類型について、本人以外が申し立てた場合に本人の同意を要件とするという点については、補助類型に当たるとされる本人の判断能力から考えて、基本的には賛意を示したい。しかし、実際に本人が同意することがどれだけあるのかは疑問であるといえる。また、本人の同意があるから自己決定が保持されるというが、例えば同居の親族が本人に同意を強制している場合（同意しなければ家から追い出す、施設に入所させるなどと脅しをかけている場合）には、外面的な同意はあれ、自己決定は保持されていない。それどころか、補助人に代理権を与えることまで同意しておれば、本人の意思に反する土地などの売買について、家庭裁判所がお墨付きを与えるという逆説的な結果に陥るおそれがある。そのため、本人の同意を要件にするとはいえず、本人の本当の意思を審問手続などからはっきりと確認する方途を必要とするであろう。

また、補助類型において本人の同意が重要性をもつことについて次のような意見が出た。まず、少なくとも補助類型の開始決定がなされている場合には、本人の判断能力が低下している。このように判断能力が低下している者の同意が、自己決定を保持するための同意権といえるであろうか。自己決定を保持するためであるならば、判断能力が低下していない時点において、本人が成年後見開始について同意し、そのような本人の意思を家庭裁判所がくみ取る必要があると考えられる。そのことから、要綱試案において提案されている、法定・任意のふたつの成年後見制度ではなく、両者を混合した形、本人の事前の同意に基づく法定成年後見を作り出すべきである。

2 同意権・取消権・代理権

補助人に、同意権（場合によっては取消権も）を付与する場合と、さらに代理権を付与する場合とがあることについては異論はない。その範囲を決定するについて本人の同意を必要とする場合には、本人の同意にかんして、前記1に述べたのと同様の問題点がある。

補助人が同意権あるいは代理権を有する範囲については、当事者により自由にその範囲を定めることができることは、本人の判断能力に対応した柔軟な成年後見制度という点から見ると評価できる点ではある。しかし、その柔軟性は、ともすると、第三者にとって非常にわかりにくい状況を作り出すという欠点も有していると考えられる。要綱試案で提案されている登録制度との関連で考えると、取引相手方は、本人が一体どの範囲で自ら行為できるのかをあらかじめ知ることは非常に困難である。むしろこれは公示制度の問題とかかわっているため、後に述べる。

補助人に同意権・代理権が付与される行為の範囲については、上限が定められていないようであるが、本人の同意

を得ることができれば、保佐人以上の権限をもつ補助人という者が登場する可能性がある。これは、補助から後見にかけてグラデーションをつけるという趣旨と矛盾する結果になると考えられる。要綱試案の趣旨を貫徹するのであれば、補助人に付与される権限の対象行為は、保佐人の権限についての列挙事項未満でなければならないのではなからうか。さもなければ、一度補助が開始されれば、本人の判断能力が低下した場合であっても、補助人の権限の対象となる事項が、本人の同意があるという理由から、簡単に拡大されるという危険がある。もっとも、このような危険は、対象事項の拡大について家庭裁判所がどのようにして、どこまで関与することができるかという問題とかわわっている。

補助人に取消権を付与することの可否については、柔軟性のある制度を採用するのであれば、オプションのひとつとして当事者の選択にまかせてもよいとも考えられる。

3 決定の取消し

要綱試案に基本的に賛成する。しかし、検察官を請求権者に含めてもそれほど意味がないと思われる。まず、決定を取り消しうる状況であることを検察官が知ることにはほとんど期待できない。また、補助が開始した後は、補助人がついているのであるから、いき倒れて身寄りがいない場合とは異なるので検察官をここでも登場させる意味は少ない。

「補助の原因が止んだとき」という表現については、適切であるかどうか疑問である。現行民法においては「禁治産の原因が止んだとき」という表現はしているが、これを素直に解すれば、本人の心神喪失の常況が止み、心神耗弱の常況というより精神的には健康な状態へ移行することを示している。また、「準禁治産の原因が止んだとき」と

いう表現は用いられていない。これを、補助類型について考えるのであれば、補助類型から保佐類型へと移行するさ
いには、補助の原因である軽度の精神障害は止んでいるどころが、ますます進行している。そのことから、「補助
の原因が止んだとき」は、成年後見を必要としない常況にいたったときにのみ適切な表現といえる。現行の規
定のように禁治産（後見類型）に関する規定を準用するという形式を取らないのであれば、新たな規定の仕方を考
える方がより適切である。この点については、保佐開始決定取消しについても同様である。

また、ある類型の取消しが認められたが、次の新たな類型の開始決定が認められないということが生じる危険はな
いのかという疑問が出た（例えば、後見の取消しが認められたが、その時申し立てられていた補助開始決定がなされ
ない場合）。

二 保佐類型・後見類型

要綱試案に対しては基本的に賛成であり、意見を述べるべき点についても、すでに補助類型について述べている部
分と重複しているのでここで改めて述べる必要はない。ただ、「心神耗弱」「心神喪失」にかわる用語については、補
佐・後見類型独自のものである。これらの用語を使用することに問題があるとするのであれば、補助類型の開始要件
が「軽度の精神上的障害」としていることに相応して、「中度の精神上的障害」「重度の精神上的障害」でもよいので
はないかと考える。もっとも、このような用語に改めたところで、「心神耗弱」「心神喪失」の用語と比べて正確性・
明確性が充分となるわけではないのは仕方がない。

三 後注について

つぎに、要綱試案の後注にあげられていた点について意見を述べる。これらの事項のうち、とくに鑑定・本人への審問・本人への告知については、民法典において定められるべきではなく、手続法において定められるべきである。

1 鑑定について

実際の状況に応じて、鑑定の要否を決定する点については賛成する。

しかし、次のような問題が生じることが危惧される。鑑定を行うことにより、開始決定が申し立てられた類型に本人が該当しないという結果が出た場合、家庭裁判所は、単に開始決定を行わないのみなのか、それとも本人に合致する類型で開始決定を行うのであろうか。これは、申立てにどの程度家庭裁判所が拘束されるのかという問題であるが、鑑定が行われるさいに現実化するものと考えられる。考えられる範囲でもっともよく起こりうるのは、例えば、本人の判断能力が保佐類型に該当する程度に低下しているにもかかわらず、申立権者が、（保佐の方が世間体がいい等という理由から）本人に同意させたうえで、家庭裁判所によるチェックが一番軽い補助類型を選択させる場合である。要綱試案から見れば、このような場合に、家庭裁判所が鑑定を行わせる可能性は認められるが、その結果どのようなものかが明らかではない。

2 本人への審問について

本人への審問の必要性を条文上明らかにすることに賛成する。とりわけ、本人の意思に大きな意味を持たせている補助類型については、申立てあるいは同意が本人の本心からのものであるか、外部からの圧力によるものであるかを

慎重に判断する必要性からも、本人への審問が重要である。もつとも、手続の迅速化という側面からみれば、審問に時間をかけすぎることがあってはならない。しかし、本人の保護に資するのであるから、鑑定ほど時間のかからない審問は、すべての手続において（当事者が審問に耐えられる限りで）行われるべきであろう。

3 本人への告知について

本人への告知を明文化することに賛成する。まずもって、本人に意思能力がない場合にはともかく、本人が自らに成年後見人が付されているかを知らなければ、成年後見人の同意権の行使などは現実に不可能となる。また、本人への審問が行われているにもかかわらず、本人にその手続の結果が告知されないのもおかしい。本人に意思能力がない場合であつても、それは告知された内容が理解できるかどうかの問題であり、告知をすることがどうかの問題とは場面が違う。現在の実務においても通常は告知がなされ、それについて反対する立場ではない以上、明文化に反対する理由もない。

4 登録・公示について

登録センターの設置については、行政改革の流れに反するのではないかという意見が出された。その他には、戸籍に記載するが、一見では成年後見開始の有無がわからないようにするべきという意見も出た。

登録簿と戸籍簿が連動していないために本人の氏名本籍などに変更があつた場合に生じる問題については、戸籍の変動を登録センターに申請する義務を成年後見人に課することによってある程度は解決できると思われる。

だが、登録センターへの登録が、公示制度であるとはいえないと考える。公示制度と呼ぶ以上は、ある程度は公に

示されていないなければならない。しかし、登録センターで登録の有無を確認できるのが、本人、成年後見人、成年後見監督人だけでは、公示とはいえないのではなからうか。要綱試案で示されている登録センターによる証明書の発行は、まるで本人のみが申請できる学校での成績証明書の発行のようである（成績証明書が公示されているとはいえない）。成績証明書とは異なり、本人の外に成年後見人などが請求者に含まれているから公示ということも無理があると思われる。

また、要綱試案に示されている公示（？）では、成年後見が開始されていることの証明書よりも、開始されていないことの証明書の発行を求めることが多くなるであろう。とりわけ、補助類型の開始要件である軽度の精神障害の有無は外面上からすぐにわかるわけではないので、契約の取消しを恐れる取引相手方は証明書により、成年後見開始の有無を確認する必要性が出てくる。しかし、取引の相手方に成年後見が開始しているかどうかを尋ねるといことは、とくに取引相手方から話を持ちかけている場合にはなかなかできないであろう（成年後見人を付されていない人にそのような質問をすれば機嫌を損ねて取引自体がつぶれてしまうことにもなりかねない）。そのため、この程度の公示制度では、本人のプライバシーを守ることはできるかもしれないが、補助人がつけられることがあるであろう一定の年齢以上の人については、相手方が契約後の取消しを恐れることから、取引において敬遠されることが生じるかもしれない。被補助人と思われる人が取引を望む場合には、常に取引に際して証明書の発行を求められることになるであろう（前の取引の時に単独で行うことができたからといって、次の取引の時にも補助人が付されていないとはいえないからである）。

さらに、本人が心神喪失状態にあれば、取引相手方になろうとするものは、本人が証明書の請求をしてくれることは望めず、取引相手方自らも後見人を確認する手段ももたないという結果に陥る。

そのほかに、無能力者による詐術（民法二〇条）との関係について意見が出た。取引相手方が、被補助人などと契約をしたが、被補助人が自らを成年後見に服していないように振る舞った場合には、やはり二〇条によりその契約は取り消せないであろうか。もしそうであるならば、例えば、契約の約款に契約当事者が成年後見に服していない旨の文言を入れ、取引相手方が二〇条による保護を受けられるのであれば、証明書の提示ということは実際にほとんど意味をもたないことになる。

戸籍には記載されないという点からは、七九四条により禁じられている後見人・被後見人間の養子縁組かどうかを確認することができないのではないかという疑問が出された。また、相続人が成年後見、特に保佐・後見に服しているかどうかを確認することが困難になる。遺産分割で得たものを第三者に売却した後に、相続人の一人が保佐に服することが明らかになる場合について、どのように処理するのかが不明である。

公示制度については、三類型か一元的制度かの検討で行われていたように、諸外国における制度を比較参考にし、それぞれの利点欠点を検討したうえで、考えていくべきではないかという意見も出た。

5 資格制限

資格制限の理由から、後見、保佐の宣告をできるだけでは不十分とすることは賛成する。だが、ノーマライゼーションの観点からではなく、次の観点から成年後見を欠格事由としないことに賛成するものである。

資格制限において最も重要なのは、当該資格に要求される判断能力を本人が有しているかという点である。たしかに、被後見人、被保佐人は、心神喪失あるいは心神耗弱の状態にあるが、心神喪失あるいは心神耗弱の状態にある者が常に被後見人・被保佐人ではない。心神喪失の状態にある者が常に被後見人であるならば、本人の判断能力を示す欠格事由となりうるが、そうではない現状において、本人の判断能力を示す欠格事由の表現としては不十分である。また、欠格事由と考えられるのは、後見・保佐の状態にあることではなく、開始決定理由に該当するような判断能力しか有していないことである。そのことから、資格制限に関する規定においては、後見あるいは保佐の状態にあることを欠格事由とするのではなく、心神喪失・心神耗弱の常況を欠格事由として挙げるべきである（前述二で述べた表現によれば、「重度あるいは中度の精神障害」ということになる）。

このことから、補助類型に該当することをもって欠格事由とすることにも反対である。補助類型に該当する程度の判断能力が、それぞれの資格の欠格事由となりうるかは、その資格ごとに検討すべきである。

第二 後見制度および保佐制度の改正について

一 複数成年後見人

複数成年後見人制度の導入に関し、次のような疑問がだされた。

まず、複数成年後見人が必要なケースが頻繁に起こるのか、というものである。例えば、試案においては、後見事務に事実行為としての身上監護を含まないのであって、結局のところ財産管理の一側面としての身上監護を意味する

にとどまるというのであるから、試案解説中に例としてあげられていた福祉専門家である成年後見人の必要性に疑問がわく。福祉専門家の成年後見人としての職務内容は明らかでないが、現在の福祉における状況と本人の状況を判断し、本人に最良の身上監護をするということであろう。しかしその場合、社会福祉事務所と成年後見人との関係はどうなるのか。今後、社会福祉事務所は以上のような身上監護を行わず、もっぱら成年後見人がそれを行うことになるのか、それとも成年後見人が社会福祉事務所に依頼することができるのであろうか。当然、成年後見人が一人しかない場合も考えられ、その場合には相談できる機関が必要であるから、後者ということになるが、そうするとやはり福祉専門家である成年後見人の必要性は低いものといわざるをえない。成年後見人に対する報酬という側面から見ても、二人の成年後見人を付すよりは社会福祉事務所に頼ることの方が経済的ではなからうか。

また、試案解説には、遠隔地の財産管理のために別の成年後見人を付すという場合も例としてあげていた。その場合、一人の成年後見人が復代理人を選任するのとどのように異なるのか。わざわざ成年後見人を選任しておかずに適宜、復代理人を選任しても構わないように思われる。

なお、複数成年後見人が選任された場合に、家庭裁判所が権限の共同行使または分掌の定めをするときは、公示を必要とするが、それに関する疑問は公示のところ譲る(第一 三四参照)。

二 法人成年後見人制度の明文化

法人による後見については賛成する。しかし、法人に制限を加えないということから、株式会社も成年後見人とな

ることができるとかという疑問がだされた。商法五二条二項によれば、商行為を業としないでも営利が目的であれば、商法の規定に従い会社設立ができる。したがって、成年後見を営利で行う会社を設立することができる。この場合にも、成年後見人選任手続において家庭裁判所による適格性審査が行われ、不適切な法人はそこで排除されることから、どのような法人かは特に問わないということであろう。あるいは、試案解説から察するに、まさにそのような営利法人が念頭に置かれているのであって、社会福祉法人などの方が逆に例外なのかもしれない。だとすれば、「営利」と本人の「財産保護」との調整が難しい。

また、本人の入所している施設が成年後見人になる場合には、利益相反行為になることが多いため、そのような法人を成年後見人から排除する必要がある旨の解説があり、それを念頭に置いた規定にするということであった。しかし、そのような場合には成年後見監督人があれば問題なく、むしろそのような施設が成年後見人になる方が実効性があるのではないか。

三 成年後見人の選任手続における考慮事情

試案においては、本人の自己決定尊重という趣旨から、しばしば本人に意見陳述の機会が与えられるが、成年後見制度を利用する場合、本人の意思能力は低下しているのであって、そのような状況における本人の意見陳述がどの程度信頼でき、考慮の基礎とすることができるのかが疑問である。このような意見陳述は単なる気休めにしかならず、往々にして形骸化された自己決定という事態に陥るのではないか。むしろ、このような直前の意見陳述ではなく、自

分が成年後見に付される場合にどのような対処を望むかについて、事前に意思確認できる制度が必要ではないか、という意見もある。

また成年後見制度には、道徳的悪意の成年後見人が出沒する可能性があり、そのような成年後見人を成年後見人選任手続中に排除する手だても必要なのではなからうか。

四 成年後見人及び成年後見監督人の欠格事由

成年後見人及び成年後見監督人の欠格事由から、成年後見に付されていること、を排除しようというのであるが、結果的には賛成できる。しかし、排除することについて、ノーマライゼーションという錦の御旗を掲げる必要はなく、単に成年後見人及び成年後見監督人としての判断能力は家庭裁判所がその適格性を審査するため、あえて欠格事由にあげる必要はないということに足る。

ところで、成年後見に付されている者が成年後見人に選任されるという事態が生じるのであろうか。民法八四〇条を削除するのであるから、配偶者が後見人になる必要はなく、その点で成年後見に付されている者が後見人になる事態が減少する。確かに任意後見との関係では、ある程度まで本人の意思が尊重されることにならう。法律的には形式的平等が保たれたと言うべきである。

五 成年後見人の職務等について

1 財産管理

民法には不在者の財産管理という規定があるが、その管財人の権限は、保存行為及び性質を変えない利用・改良行為のみにとどまる。この規定との均衡で、成年後見人について、財産管理に関し強大な権限を与えることに疑問の声もあった。成年後見人による本人の財産に関する処分については、個別的に家庭裁判所で許可を得るといのがよいのではないか、というのである。まず相手方と契約書を作成し、それを家庭裁判所に持参して許可をもらうことになる。本人の財産的保護という側面からはこの方が優れているといえる。

2 身上監護及び本人の意思の尊重

試案の構造では、財産管理権の範囲内における身上監護ということになるが、一般に、身上監護という場合には、事実行為を含まない趣旨で使われているのであろうか。民法七六六条及び八二〇条にも身上監護という文言が使われているが、七六六条の場合には事実行為も含むと解することができる。成年後見制度において、身上監護に事実行為を含まないということでのよいのだろうか。

成年後見人の義務の範囲に現実の介護行為のような事実行為は含まれないとすれば、成年後見人が任意に事実行為を行うことができるのだろうか。つまり、当該行為を他人に依頼した場合には報酬を与えることになるが、成年後見人自身がそれを行い、報酬を得れば、本人との利益相反になると考えられるからである。その場合、後見監督人がいるときには許可を乞うことになる。ただ、このような事態が生じるのは、後見類型の場合だけであり、その場合には後見人の療養看護義務があるから特に問題にはならないという趣旨であるのか。確かに、そのように考えれば、現実

の介護行為は後見人としての職務であり、とくに利益相反行為はないといえよう。

次に、成年後見人は、本人の身体に対する強制を伴う事項を行えないということであるが、契約の履行行為の中に身体に対する強制を伴う事項が入ることはないか、という質問があった。例えば、施設入所契約の履行として、放浪癖のある本人を一定の部屋に閉じこめるような場合である。身上監護にはある程度の強制行為が含まれているといえる。このような場合にも、本人の福祉を旨として契約をすれば足りるのだろうか。

六 成年後見監督人制度について

現在、後見監督人がある場合にも、ほとんど機能していないといえる。したがって、この制度を実効性のあるものとするためには、単に成年後見監督人を付すのではなく、会計士などの専門家が成年後見監督人となる方法が考えられる。

また複数後見人をおくよりも、後見監督人をつける方が、内部紛争が少なくなるのではないかという意見もだされた。

第三 公的機関の監督を伴う任意代理制度（任意後見制度）について

まず第一に、試案において提示された任意後見制度が実際に利用されるのかに関して疑念を抱く。本人の自己決定を尊重させた当事者間の契約であるとしても、その効力の発生、監督等に家庭裁判所を関与させている以上あまり

利用者がないのではないだろうか。また、試案によれば本人保護の必要がある場合には法定後見へ移行するのであり、どの程度任意後見制度が活用されるのかが疑問である。第二に、試案では本人の自己決定の尊重を全面に押しだしているが、その点についても本人の真の意思の尊重および本人保護の観点から問題があると思われる。たとえば、試案によると任意後見人を選んだ時点とその効力発生時点とに時間的隔たりがあり、効力発生時点においては任意後見人として選ばれた者が当該職務についてふさわしくないといった場合も考えられる。試案では、契約の効力発生させるにあたり（任意後見監督人の選任にあたり）原則として本人の同意を求めているが、その時点で本人は判断能力がすでに低下しているのであって、このような本人の同意で本人の自己決定が尊重されているとは言えないのではないだろうか。

以上から、利用可能性の観点からは、監督の在り方に関してもすべて契約による任意的な規制に委ねた方が利用者があると考えられる。この点について契約による私的な監督だけでは制度の信頼性・実効性の観点から不十分であると考えらるならば、むしろ法定後見制度の枠組のなかで事前の本人の意思等を生かす制度を構築するべきであろう。法定後見の開始の段階での手続をもう少し柔軟化させることによって、本人の判断能力の低下前に後見人を誰にするかに関する本人の希望を聞くことも可能ではないだろうか。また、そうすることによって本人により指定された者が後見人として適格であるかについて家庭裁判所のスクリーンを通すこともでき、前述した問題点の一つも解決されよう。

このように、法定後見制度とは別個に公的機関の監督を伴う任意代理制度を設けるのではなく、それらを一体化させた制度の方がより望ましいと考えるが、以下においては、試案で提示された任意後見制度に対する問題点を指摘する。

一 任意後見契約の締結

1 任意後見契約の登録

法定後見制度との抵触を回避するためにも、任意後見契約に関する登録制度を創設することには賛成するが、以下の点につき疑問を有する。まず、補足説明によると、法定後見開始請求の審理にあたり任意後見契約の締結の有無の確認の必要があるためにこの登録制度を設けるようであるが、もしその必要性のためのみであるのならば、証明書の発行は不必要ではないであろうか。なぜなら、条文（四一）からは、家庭裁判所が任意後見契約の有無を確認するかにように読めるからである。仮に、取引において任意後見契約の存在等をこの証明書によって証明することまでも意図しているのならば、試案のようにプライバシー保護の観点から請求権者を基本的に本人、任意後見人および任意後見監督人に限定するのは狭すぎる。前記以外の者についても十分な理由が認められる場合には、その登録、または効力発生に関する照会に答えても良いと考える。

2 任意後見契約の終了

任意後見契約の終了に際し、家庭裁判所がこれに関与しない場合（たとえば委任の終了事由としての解除等）、この終了に関する届出等の義務についてなら試案ではふれられていない。登録との関係上問題があると思われる。また本人保護のためにも、任意後見人または任意後見監督人にすべての任意後見契約の終了の際に原則として法定後見制度への移行の必要性を検討し、必要な場合には法定後見開始を申し立てる義務を負わせるべきではないだろうか。

任意後見監督人が選任されて任意後見人の代理権の効力が発生した後における任意後見人の解除権（辞任権）につ

いては、原則としてこれを制限すべきでないと考ええる。なぜなら、意欲のない者に任意後見人の職務を続行させることは、本人保護の観点からもあまり好ましくなく、また「正当な事由」になにが含まれるかも不明確である。任意後見人の辞任権を制限するよりも、法定後見開始の申立義務を課すことにより、法定後見による保護へと移行させるべきである。

二 任意後見監督人の選任

試案の補足説明によれば法定後見の特定の類型の開始事由に限定する旨の特約を認めず、全類型の開始事由を任意後見監督人の選任の要件とする契約のみを任意後見契約として法定していると述べられているが、条文（二一の前段および（注））からそのように読みとれるか問題である。

本人の心身の状況に関する認定方法としては、鑑定は不要であると考ええる。任意後見制度は、本人の同意を要件として任意後見人に公的機関の監督を付したうえでその代理権の効力を発生させるものであり、時間、費用等の面で問題のある鑑定ではなく、医師の証明書で十分であると考えられるからである。

本人、配偶者、四親等内の親族、任意後見人または検察官の請求があることを要件としているが、福祉関係の行政機関をここに含めるかどうかは、統一的に決定すべきであろう。

前記の者が誤って法定後見の開始を申し立てた場合、この申立てで任意後見監督人の選任の請求があったとみなすのか、再度申立てをさせ直すのかが試案からはわからない。

三 任意後見監督人の監督事務等

1 任意後見監督人の監督事務

任意後見監督人は、任意後見人を監督するとともに、任意後見人の職務遂行について家庭裁判所に報告する義務を負うとあるが、はたしてこれによって本当に本人を保護することができるか疑問である。たとえば、本人にとって大変重要であるような不動産の売買や福祉施設への入所契約等であっても任意後見人は事前に任意後見監督人の同意を得ることも相談する必要もないのであり、任意後見人がその権限を濫用した場合であっても任意後見監督人は任意後見人の解任を申し立てることはできるが、任意後見人によりなされた行為を取り消すこともできない。このような任意後見監督人による任意後見人の監督により、任意後見契約において本人は十分に保護されるとは言えないのではないだろうか。

2 任意後見人の解任

任意後見人の解任請求権者については、本人保護の観点から解任後に法定後見人の開始請求を行うことができる者の範囲と一致させることが妥当であるので、法定後見人の申立権者に福祉関係の行政機関が含まれる場合には、当然ここでも含めるべきである。

任意後見人の解任請求権者である配偶者、四親等内の親族らが任意後見人または任意後見監督人でもない場合には、これらの者に任意後見契約の存在およびその内容を知らせ、これらの者による解任請求を実効的にする必要があると思われるが、試案ではどのように取り扱われるかが不鮮明である。

試案では、任意後見人は私人により選任され、任意後見監督人の監督に服することから、家庭裁判所の職権による解任は認めていないが、任意後見人の職務遂行に関して任意後見監督人に家庭裁判所への報告義務を課している以上、職権による解任を認めてもよいのではないだろうか。さもなければ、任意後見監督人から家庭裁判所への報告義務の意味が薄れるのではないだろうか。

四 法定後見との関係の調整

本人が法定後見制度における後見類型の開始事由に該当する場合に限り任意後見人の代理権を発生させることを希望する場合、補足説明によればこのような場合であっても、本人は補助・補佐の各類型の開始事由に基づいて申立てがあった時点で、任意後見監督人の選任についての同意を拒むことができることとされている。その結果、本人の選任がある程度優先されるが、その一方で、本来保佐類型の開始事由が生じた場合には本人の同意なく法定後見が開始されるのであって、本人保護の観点からこのような場合に本人の拒絶により、任意後見も法定後見も開始しないのは問題であると言える。本人の選択した任意後見と、それを排除して法定後見を開始させるべき場合の判断基準が困難である。試案でいうところの、「法定後見による保護の必要があるとき」というのはどのような場合を意味するのか不明である。