

レジュメ集

日本成年後見法学会

第 13 回学術大会

日時 平成 2 8 年 5 月 2 8 日 (土)

場所 青山学院大学 1 7 号館

一般社団法人日本成年後見法学会

第13回学術大会

〈統一テーマ〉

後見人の職務Ⅲ

～障害者権利条約からみた後見人の職務と法改正～

午前の部（10:00～12:00）

基調報告

1 障害者の権利に関する条約と第1回政府報告提出について

坂本 大輔（内閣府政策統括官〔共生社会政策担当〕付参事官
〔障害者施策担当〕）

2 障害者の権利に関する条約と成年後見制度の運用

坂野 征四郎（元東京家庭裁判所成年後見センター判事・弁護士）

3 障害者権利条約と民法理論

清水 恵介（日本大学教授）

4 成年後見制度利用促進法の意義と課題

大貫 正男（司法書士）

午後の部(13:40～17:45)

パネルディスカッション

〈コーディネーター〉

熊谷 士郎（青山学院大学教授）

〈パネリスト〉

赤沼 康弘（制度改革研究委員会委員長）

井上 計雄（弁護士）

山崎 政俊（司法書士）

大輪 典子（社会福祉士）

目 次

【レジュメ】

《基調報告》

- ・障害者の権利に関する条約と第1回政府報告提出について.....4

内閣府政策統括官（共生社会政策担当）付参事官（障害者施策担当）

坂本 大輔

《基調報告》

- ・障害者の権利に関する条約と成年後見制度の運用.....7

元東京家庭裁判所成年後見センター判事・弁護士 坂野 征四郎

《基調報告》

- ・障害者権利条約と民法理論.....16

日本大学教授 清水 恵介

《基調報告》

- ・成年後見制度利用促進法の意義と課題.....20

司法書士 大貫 正男

《パネルディスカッション》

- ・現行成年後見制度を障害者権利条約12条に適合させ、本人主体の法的支援制度とするための論点整理.....29

制度改正研究委員会委員長 赤沼 康弘

- ・「成年後見制度」から「意思決定支援制度」へ.....33

弁護士 井上 計雄

- ・成年後見人の行動指針.....35

司法書士 山崎 政俊

- ・意思決定支援における社会福祉士会の取り組み.....39

社会福祉士 大輪 典子

障害者の権利に関する条約と第1回政府報告提出について

平成28年5月28日（土）
内閣府（障害者施策担当） 坂本大輔

- 日本が批准等している主要な国際人権条約
 - 人種差別撤廃条約
 - 女子差別撤廃条約
 - 拷問等禁止条約
 - 児童の権利条約
 - 障害者権利条約
 - 強制失踪条約
- 障害者権利批准までの経緯
 - 1975年の障害者の権利に関する宣言や、1982年の国際障害者に関する世界行動計画等の文書には法的拘束力がないため、障害者についても法的拘束力を有する条約を作成する必要性が強く認識されるようになった。
 - 2002年7月「障害者権利条約に関する国連総会アドホック委員会」の初回会合が開催され、以降、2006年12月まで、合計8回のアドホック会合において、起草交渉が行われた。
 - 本条約はこうした交渉の結果、2006年12月に国連総会で採択され、我が国は採択後間もない2007年9月に署名した。その後条約は、発効に必要な20か国の締結を以て、2008(平成20)年5月に発効した。
 - 我が国の締結時は141番目の締結国・機関であったが、現時点では160か国・地域・機関が締結している。
- 障害者権利条約締結に向けた日本の取組
 - 当時、障害当事者・関係者の方々から、まずは障害者に係る国内法制度をはじめとする制度改革を進めるべきとの御意見等を頂いたことも踏まえ、制度改革を行った後に条約を締結することとした。
 - 2011年8月に障害者基本法が改正され、障害者に対する「合理的配慮」を否定することは差別にあたるとの概念を国内法上初めて盛り込み、また、条約の実施を監視する国内の機関として、「障害者政策委員会」の設置を盛り込んだ他、様々な改正が行われた。
 - 2012年6月には障害者総合支援法が成立、2013年6月には、障害者差別解消法が成立し、障害者雇用促進法が改正された。これらをもって、国内法制度の整備が一通り行われたと判断され、いよいよ締結の準備が開始された。

- 障害者基本法（2011 年の主な改正内容）
 - 障害者権利条約の基本的な考え方である「社会モデル」の観点から、「障害者」の定義の中に「社会的障壁」という概念を盛り込んだ。
 - 第 4 条を法の基本原則の一つとしての「差別の禁止」の条項として位置付け、合理的配慮の提供に関する内容を盛り込んだ。
 - 内閣府に障害者政策委員会を設置し、基本計画策定にあたっての調査審議及び意見具申、基本計画の実施状況に関する監視・勧告等をその所掌事務とした。
- 障害者差別解消法（本年 4 月 1 日施行）
 - 障害者基本法第 4 条の差別禁止の原則を具体化する新規立法として、この障害者差別解消法が制定された。
 - この法律の眼目は「不当な差別的取扱いの禁止」と「合理的配慮の提供」の二つである。
 - ・ 「不当な差別的取扱いの禁止」については、公的機関と民間事業者双方に対して法的義務とされている。
 - ・ 「合理的配慮の提供」については、公的機関に対しては法的義務、民間事業者に対しては努力義務とされている。
- 障害者雇用促進法の一部改正（本年 4 月 1 日施行）
 - 雇用の場面においては、改正後の障害者雇用促進法が障害者差別解消法の特則と位置付けられる。
 - 事業主に対し、障害者が職場で働くに当たって合理的配慮を提供することが法的義務とされている。
- 障害者権利条約の条文（全部で 50 条）
- 障害者権利条約の主要点
 - 第 12 条 法律の前にひとしく認められる権利
- 条約の実施を担保する仕組み
 - 我が国では、障害者政策委員会が条約第 33 条の規定する監視機関の役割を担っており、条約の国内実施について監視の機能を果たすこととなる。
 - この国内監視の仕組みについては、障害者政策委員会は、①障害者基本計画の作成・変更に関し調査審議し、政府に対して意見を述べること、②障害者基本計画の実施状況を監視し、政府に勧告すること、などを行うこととなっており、これらを通じて、同委員会が条約の実施を適切に監視することが期待されている。

- 条約第 35 条に基づき障害者権利委員会（条約第 34 条）に提出する政府報告の案についても、障害者政策委員会において議論したところである。
- 障害者権利委員会による審査プロセス（ニュージーランドの例）
 - 政府報告を提出した後は、その審査が行われることとなる。政府報告審査のプロセスは、最初の報告の提出後、数年後に国連障害者権利委員会から課題リストが提示され、この課題リストに対して政府から回答がなされ、最終見解（総括所見）が示されるという順になっている。
 - 政府報告の審査プロセスは、政府と権利委員会の二者間で行われるのではなく、監視機関や市民社会から提出される様々な文書が、併せて検討されることになる。監視機関や市民社会からの文書の提出は、他国の状況を見る限り、何か決まったタイミングに決まった形式でなされるものではなく、任意で提出されるものが多いようである。
 - 審査に要する時間としては、最初の報告の提出後、数年かかっている。
- 条約第 12 条に関する他国の審査状況の例
- 第 1 回政府報告案（条約第 12 条関連部分）
 - 第 73 パラグラフから第 82 パラグラフまでが現行の法制度や取組み等についての記述となっている。
- 第 1 回政府報告案提出に向けた「議論の整理」
 - 第 1 回政府報告の提出を視野に入れて、障害者政策委員会において第 3 次障害者基本計画の実施状況の監視の議論を行い、「議論の整理」として取りまとめた。
 - 「議論の整理」は、第 1 回政府報告案の「付属文書」とされている。
- 第 1 回政府報告案に対する障害者政策委員会のコメント（条約第 12 条関連部分）
 - 第 83 パラグラフ

意思決定の支援及び法的能力の行使を支援する社会的枠組みの構築が急務である。また、成年後見制度のうち、特に代行型の枠組みである後見類型の運用に当たっては、最良の支援を提供しても、なお法的能力の行使が困難な場合に本人の権利と利益を守るための最終手段として利用されるべきものであり、かつ、代理人が本人に代わって意思決定をする場合にも、法の趣旨に則り、できる限り本人の意思を尊重するよう制度運用の改善を図る必要がある。

また、家庭裁判所の成年後見人の監督業務の負担の在り方についても課題が共有された。

障害者の権利に関する条約と成年後見制度の運用

2016.5.28 本成年後見法学会学術大会

報告者 弁護士 坂 野 征 四 郎

第1 前提的な事実について

1 障害者の権利に関する条約に関する事実経過

障害者の権利に関する条約（以下「本条約」という。）は、2006年12月13日に国連総会において採択され、2008年9月28日に日本国外務大臣が署名し、2013年11月19日に衆議院本会議において、同年12月4日に参議院本会議においてそれぞれ承認され、2014年1月20日に政府は批准書を国連に寄託し、同年2月19日に日本について発効した。そのうち成年後見制度に関わる条項が第12条である。

その後、国連障害者委員会は、「条約12条の下での締結国の義務の正確な範囲について一般的な誤解がある」として、2014年4月11日に、一般的意見第1号「第12条：法の前における平等な承認」を採択した（以下「一般的意見」という。）。一般的意見においては、本条約12条各項の解釈について意見が述べられている。

2 本条約12条の内容

本条約12条の内容は以下のとおりである（日本政府公定訳）。

第十二条 法律の前にひとしく認められる権利

- 1項 締結国は、障害者が全ての場所において法律の前に人として認められる権利を有することを再確認する。
- 2項 締結国は、障害者が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ことを認める。
- 3項 締結国は、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ための適当な措置をとる。
- 4項 締結国は、法的能力の行使に関連するすべての措置において、濫用を防止するための適当かつ効果的な保障を国際人権法に従って定めることを確保する。当該保障は、法的能力の行使に関連する措置が、障害者の権利、意思及び選好を尊重すること、利益相反を生じさせず、及び不当な影響を及ぼさないこと、障害者の状況に応じ、かつ、適合すること、可能な限り短い期間に適用されること並びに権限のある、独立の、かつ、公平な当局又は司法機関による定期的な審査の対象となることを確保するものとする。当該保障は、当該措置が障害者の権利及び利益に及ぼす影響の程度に応じたものとする。
- 5項 締結国は、この条の規定に従うことを条件として、障害者が財産を所有し、又は相続し、自己の会計を管理し、及び銀行貸付け、抵当その他の形態の金融上の信用を利用する均等な機会を有することについての平等の権利を確保するためのすべての適当かつ効果的な措置をとるもの

とし、障害者がその財産を恣意的に奪われないことを確保する。

3 一般的意見による本条約第12条の規範的内容の説明の要旨

1 項 障害者を含むあらゆる人が法律の前に人として認められる権利を有することを確認したもの。人の法的能力の承認のための前提条件である。

2 項 「法的能力」には、「権利所有者になる能力」と「法律の下での行為者になる能力」が含まれる。前者は、その権利を法制度により完全に保護される資格（法的地位）であり、後者により、取引に携わり、法的な関係全般を構築し、修整し、あるいは終結させる権限を伴う主体として認められる（法的主体性）。これらは、分けることができず、法的能力は、障害のある人を含むすべての人に与えられる固有の権利である。

法的能力と意思決定能力とは、異なる概念である。意思決定能力は、個人の意思決定スキルを言い、当然、人によって異なり、同一人でも環境要因及び社会的要因など多くの要因により変化する可能性がある。意思決定能力という概念は、それ自体、極めて議論の余地がある。それは、一般的に示されるような客観的、科学的及び自然発生的な現象ではない。本条の下では、認識された、又は実際の意思決定能力の不足が法的能力の否定を正当化するものとして利用されてはならない。

これまで委員会が審査してきた締結国の報告の大半において、意思決定能力と法的能力の概念は同一視され、多くの場合、認知障害又は心理社会的障害により意思決定スキルが低下していると見なされた者は、結果的に、特定の決定を下す法的能力を排除されている。こうした機能障害に基づくアプローチは、二つの重要な理由から誤っている。1つは、障害のある人に差別的な方法で運用されている。2つは、人間の内なる心の動きを心の動きを正確に評価できるということと、その評価に合致しない場合、法の前における平等な承認の権利という、中核となる人権を否定できるということを前提としている。第12条は、そのような差別的な否定を許容するものではなく、むしろ、法的能力の行使における支援の提供を義務づけるものである。

3 項 障害のある人がその法的能力の行使に当たり必要とする支援にアクセスすることができるようにする義務を、締結国が有すると認めている。この支援では、障害のある人の権利、意思及び選好を尊重し、決して代理人による意思決定を行うことになってはならない。ただ、本項は、どのような形式の支援を行うべきかについては具体的に定めていない。

4 項 締結国に対し、法的能力行使のための適切かつ効果的な保護措置を創設することを義務づけている。これらの保護措置のおもな目的は、個人の権利、意思及び選好の尊重を確保することでなければならない。これを達成するために、保護措置により、濫用からの保護を提供しなければならない。

著しい努力がなされた後も、個人の意思と選好を決定することが実行

可能ではない場合、「意思と選好の最善の解釈」が「最善の利益」の決定に取ってかわらなければならない。障害のある人による、建物の者との平等を基礎とした法的能力の権利の享有を確保するには、「意思と選好」のパラダイムが「最善の利益」に取ってかわらなければならない。

5 項 締結国に対し、障害のある人に対し、他の者と平等に、金融及び経済的問題に関して、立法上、行政上、司法上及びその他の実践的な措置を含む措置をとることを義務づけている。

(以下省略)

第2 一般的意見に関する疑問及びその含む問題点

1 一般的意見は本条約第12条の「立法事実」を踏まえたものであるか

報告者は、本条約第12条について、その成立経過を研究していないので、その成立の前提となった立法事実を知らないが、その文言を読む限りでは、一般的意見のように、行為能力制度及び法定代理制度を排除していると解釈することが可能かいな疑問がある。

一般的意見は、本条約12条の下での締結国の義務の範囲について「一般的に誤解がある」、委員会が審査した締結国の大半において、意思決定能力と法的能力の概念は同一視され、多くの場合、認知障害又は心理社会的障害により意思決定スキルが低下していると見なされた者は、結果的に、特定の決定を下す法的能力を排除されていると述べているが、このこと自体、重大な問題点を孕んでいる。条約も立法の1つであるところ、立法直後から大半の締結国においてこれに抵触する事態が存在するということは、立法事実及び立法趣旨が締結前に周知されていなかったことを意味しているのではないかと疑われる。

2 一般的意見の採択はわが国の国会承認後であったこと

本条約12条が行為能力制度及び法定代理制度を排除する趣旨であるとの一般的意見が、国会承認の前に出されていたら、わが国の成年後見制度、特に後見類型がこれに反することは明らかであるから、大きな問題になったと思われる。

3 「法的能力」は行為能力を含むか

一般的意見における法的能力についての抽象的な説明では、権利能力の2つの内容を述べていると解釈することもできるのではないか。すなわち、権利の帰属主体となる資格及び法律行為の法的主体となる資格は、権利能力の2つの内容である。代理について、本人行為説をとればもちろん、代理人行為説をとったとしても、法律行為の主体は本人であるからである。

しかし、一般的意見を先まで読むと、あくまで本人が決定をしなければならないと、これに法的効果が認められなければならないとしているので、一般的意見は、行為能力の制限及び法定代理を否定する趣旨であると解される。ただ、これは第12条の文言上明らかではないのではないかと疑問がある。

4 意思決定能力が著しく低い、又はないと認められる障害者についても法

定代理は禁じられるのか

意思決定能力の概念及びその存否の判断は、一般的意見が述べるとおり難しい面があるとしても、植物状態あるいはそれに近い障害者など明らかに意思決定能力が著しく低いか、又はゼロである障害者が存在することは否定できない。そのような人に対しても、「意思と選好の最善の解釈」が「最善の利益」の決定に取ってかわらなければならない、すなわち、あくまで意思決定支援であって、法定代理はいけないというのは、いかがなものか。このような場合にも「意思決定支援」というのは、理念としては理解できるが、ほとんど擬制ないしフィクションではないかと評さざるをえない。

行為能力制度により取消しがなくとも、意思能力を欠く者の法律行為は無効とされる解釈は維持されるであろうし、後見開始をされた人と取引をする者は無効とされるリスクや詐欺罪で処罰されるリスクも負うから、一般的に成年被後見人の行為能力を制限する必要は少ないと考えられる。

しかし、意思決定能力が著しく不十分な人に対し、その能力を補完ないし補充する制度として、法定代理制度を認めないと却って障害者の福祉が不十分になる場合が生ずるのではないかという疑問がある。

5 成年後見制度について濫用を防止するための適当かつ効果的な保障が確保されていること

第12条4項は、成年後見制度が濫用にあたらないようにするための保障の確保の義務を課している。これは重要なことであり、成年後見制度の運用に当たっては、常に念頭におかれなければならない。

しかし、これが、一般的意見の述べるごとく、法定代理の否定まで及んでいるかについては疑問が残る。

第3 本条約と成年後見制度の運用

1 総説

本条約第12条、特にその公的な解釈としての一般的意見については、上記のとおり、問題点はあるが、その理念は尊重されるべきであり、わが国の成年後見制度に対する委員会の評価及び法改正問題がどのように展開するかは判らないが、その点は一応傍らに置いて、第12条の理念に沿った成年後見制度の運用について、以下に述べてみたい。

2 後見開始に当たっての精神鑑定について

(1) 家事審判規則（旧法下）及び家事事件手続法の規定

家事事件手続法制定前の家事審判規則（以下「旧規則」という。）では、後見開始又は保佐開始の審判をするには、明らかにその必要がない場合を除いては、本人の精神の状況について、医師その他適当な者に鑑定をさせなければならないとされていた（旧規則24条、30条の2。以下、成年後見審判事件における本人の精神の状況に関する鑑定を単に「鑑定」という。）。後見開始又は保佐開始（以下「後見等開始」という。）の審判をするに当たっては、原則として鑑定をさせなければならない

ないとしたのは、これらの審判が、「精神上の障害」により、「事理の弁識を欠く常況にある者」（後見開始）または「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者」（保佐開始）について、それぞれ開始されるもの（民法7条，11条）であって、その審判の効力は、本人の法律行為能力に大幅な制限を加える効果を伴うものである（民法9条，13条）から、家庭裁判所の独断によることなく、医師等の専門家の鑑定結果を踏まえた上で判断すべきものとする趣旨であると解されている。

(2) 現成年後見制度の施行と鑑定制度の整備

裁判における鑑定とは、専門的な学識経験を有する者が、裁判所（裁判官）の判断を補助するため、ある事項（鑑定事項）について、専門的な見地からの判断を報告することをいうが、旧後見制度の下における鑑定書を見ると、当時の鑑定は、長文に及ぶものも少なくなく、時間や費用（鑑定料が数十万円に及ぶ事例も少なくなかった。）を要するものであったことがうかがわれる。もちろん、鑑定である以上、一定の精度を備えたものであることが必要であるが、それでは時間も費用もかかり、成年後見制度の社会化の要請に応えることができない。

そこで、現成年後見制度の施行に当たっては、制度の目的に沿い、適切・迅速に、かつ合理的な費用で、診断書及び鑑定書の作成がなされるよう、最高裁判所事務総局家庭局によって、医師関係諸団体の意見も聴いた上で、成年後見用の診断書及び鑑定書の各様式並びにこれらの記載ガイドラインが作成交付された。さらにその後、同局により、要点式の簡易な鑑定書様式及びその記載の手引・ガイドラインが作成された。

(3) 現成年後見制度施行当初の鑑定の要否に関する解釈・運用

前述のとおり、鑑定は原則として必要であるが、「明らかにその必要がないと認めるとき」は、させないでよいとされている（家事事件手続法119条1項ただし書）。明らかにその必要がないと認められる場合とは、立法趣旨によれば、たとえば、直近において行われた鑑定が利用できる場合、あるいは、本人がいわゆる植物状態（遷延性意識障害）であると医師が判断しているような場合等である（法曹会『平成11年民法一部改正法等の解説』2000年，75～76頁）。

植物状態とは、医学上の概念であり、①発語不能、②意思の疎通不能、③追視不能、④自力移動不能、⑤経管栄養、⑥失禁状態、⑦これらの状態の3か月以上の継続の7要件を充足する場合をいうとされている。

(4) いわゆる鑑定実施率の低下とその問題点

最近はいわゆる鑑定実施率が10パーセント前後となるなど著しく低下し、鑑定実施の原則と例外が逆転している状況にある。現象的にみれば原則と例外が逆転しているが、家事事件手続法は原則として鑑定をすべきであるという規定を変えなかった。

しかし、本条約第12条の趣旨に鑑み、特に行為能力の広範な制限及

び法定代理権を付与する後見類型においては、法律の原点に戻って、検定を実施すべきであると考え。報告者は、弁護士になってから、次の3つの後見等開始申立事件において、自己に関する後見等開始に異議を唱える「本人」から委任を受け、家庭裁判所に意見を述べる仕事を行ったので以下に紹介する。

① 遺産分割の当事者の1人に対する他の当事者からの後見開始申立事件

認知症を理由とする申立てで、診断書によれば、後見類型相当であったが、面接をしてみると見当識や意思の疎通に問題はほとんどなかった。ので、専門医師による鑑定を求める意見書を提出した。鑑定が実施され、補助類型相当との結果が出たが、本人は補助開始に同意しなかったため取り下げとなった。

② 自己の資産管理会社の代表取締役である本人に対する子からの後見開始申立事件

申立時には、本人も申立てに同意していたが、本人は成年後見制度に関する知識が乏しく、後見開始となれば取締役の地位を失うこと、後見開始により法律行為能力を失うことを理解していなかった。そこで、あわてて、報告者のもとに相談に来られた。協議の結果申立てを取り下げることとし、取下書を裁判所に提出したが、申立ての際提出した診断書は後見類型該当となっていたため、すぐには許可されず、鑑定をすることとなった。報告者も鑑定の現場を離れた席から傍聴した。本人は、緊張もあったのか場所や月日等の見当識が全くだめだったが、社会的知識も豊富で態度もしっかりし、礼儀もわきまえていたためか、保佐類型相当の鑑定結果が出た。

③ 本人の息子が本人について保佐開始申立てをし、本人は代理権付与にも同意していたが、その後本人は保佐開始に反対を表明するようになった事件

面接をしてみると、本人は、町内会の活動を行い、日本舞踊も踊り、株式の相場にも関心を持つなど、能力に問題はない様子だったため、鑑定を求める意見書を提出したところ、鑑定が採用され、その結果補助類型相当との結果が出た。本人に対する家庭裁判所調査官面接が行われ、報告者も同席したが、本人は補助開始に同意しなかったため、申立ては取下げとなった。

以上の事例では、いずれも鑑定が実施され、申立て・診断書の類型よりも軽い類型に該当するとの鑑定結果が出た事例である。これを見て感じられることは、やや詳しい診断書や同付表により鑑定不要の結論が出ても、いざ鑑定を行ってみると異なる結果が出る事案はかなり出てくるのではないということである。

3 本人の意思の尊重

(1) 後見開始等及び成年後見人等の人選・解任についての本人の陳述の聴

取（家事事件手続法 120 条 1 項 1 ないし 3 号）

- (2) 後見事務の遂行に当たっての本人の意思の尊重（民法 858 条）
- (3) 財産，特に居住用不動産の処分に関する本人の意向の尊重（民法 859 条の 3 の運用）

4 任意後見制度の活用

任意後見制度は本条約上の問題を生じないか。

任意後見監督人選任申立数の低迷

5 後見監督の充実と課題

- (1) 成年後見制度利用者数の増大

2014 年には成年後見制度（法定後見及び任意後見）利用者（成年被後見人等）は 18 万 4,670 人に達した（概況 11 頁）。このことは，後見監督を要する件数がそれだけ存在することを意味する。

- (2) 後見監督とは

後見監督とは，後見事務が，適正，かつ，妥当に行われているかを監視し，そうでなければこれを是正する制度である。

その観点ないし視点は，成年後見人等が，①なすべきことをしているか・怠っていないか，②してはいけないこと（越権行為，横領・背任，虐待等）をしていないか，である。

そして，①なすべきことを怠っている場合には，必要な処分の指示（家事手続規則 81 条 1 項）・命令（民法 863 条 2 項）をすることができ，これに従わなければ辞任勧告・解任，民事（損害賠償請求）・刑事（保護責任者遺棄等）責任の請求ができる。7

②してはいけないことをしている場合には，中止の指示，辞任勧告・解任，職務執行停止・職務代行者選任の保全処分，民事・刑事責任の請求をすることができる。

- (3) 後見監督を行う機関・人

ア 家庭裁判所による後見監督

- ① 裁判官
- ② 家庭裁判所調査官
- ③ 裁判所書記官・事務官
- ④ 参与員

・身分：家庭裁判所が毎年「参与員となるべき者」を選任→その名簿から裁判官が事件ごとに指定する（家事事件手続法 40 条 2 項）

・一般的職務：裁判官が審判をするに当たり，意見を述べる（家事事件手続法 40 条 1 項）。

成年後見関係事件：東京家庭裁判所後見センターでは 2004 年ころから成年後見関係事件にも活用するようになった（報告者も当時同センターの担当裁判官として，その活用の開始に関与した。）

参与員が成年後見関係事件に関与するのは以下の場合である。

i 後見等開始申立ての受理時面接：申立人，本人（出頭した場合），

後見人候補者等から事情聴取

- ii 後見監督：後見人等から提出された後見事務報告書の点検，求説明，不備の指摘，資料の追加提出要請，裁判官（書記官）への報告

⑤ 調査人（家事事件手続法 124 条 1 項）

旧家事審判規則 88 条にも期待がおかれていたが，家事事件手続法に格上げされ，積極的に活用する方向へ向かった。

位置付けとしては，参与員及び調査官の職務と比較すると，裁判外での調査活動が可能であり（機動的），専門性の活用ができる（EX：弁護士，司法書士，税理士，社会福祉士等）。

イ 成年後見監督人，保佐監督人，補助監督人（以上「法定後見監督人等」），任意後見監督人（以上「後見監督人等」）による後見監督

① 家庭裁判所による後見監督と後見監督人等による後見監督

家庭裁判所から見ると，直接の後見監督ではなく，後見監督人等による直接監督を介して行ういわば間接監督である。後見監督人等の受け皿としては，専門職が望ましいであろう。

② 後見人等と後見監督人等との関係

二面性＝ i 対立関係＝不正行為の防止等， ii 協力・サポート関係＝成年後見人等の能力・技術等の補充

(4) 家庭裁判所による後見監督

ア 後見監督に関する家庭裁判所の権限

- ① 成年後見人等に対し後見事務についての報告，財産目録の提出を求める権限，後見事務もしくは財産の状況の調査の権限（民法 863 条 1 項）

- ② 後見事務について必要な処分を命ずる権限（同条 2 項）

イ 家庭裁判所による後見監督の方法

- ① 事案の軽重により，後見事務に関する報告書・財産目録等を求める時期を定め（多くの事件では 1 年毎の定期），成年後見人等に伝えておくとともに，PC に入力しておく。
- ② 毎月，当月に提出時期が到来した事件について，報告書等の提出の有無を確認する。
- ③ 報告書等の提出があったものについては，書記官・参与員等が点検し，不備については成年後見人等に補正を求める。点検の結果は書記官を通じて裁判官に報告する。

ウ 報告書等が期限までに提出されていない事件については，次のような対処がされる（裁判所により異なることがある。）。

- i 提出を督促する。
- ii 調査人を選任する。
- iii 後見監督人を職権により選任する。

オ 問題点が発見されたものについては，1 (2) に述べたような対応をする。

(5) 後見監督人等による後見監督

ア 後見監督人の職務（民法 851 条）

- ① 後見事務の監督
- ② 成年後見人が欠けた場合の選任請求
- ③ 急迫の事情がある場合に必要な処分をすること
- ④ 成年後見人と本人との利益相反行為についての本人の代理（以上民法 851 条）
- ⑤ 成年後見人が、本人に代わって営業又は重要な財産上の行為（民法 13 条 1 項）をする場合の同意（民法 864 条）

イ 職務を遂行するに当たって認められている権限

- ① 成年後見人等に対し後見事務についての報告，財産目録の提出を求める権限，後見事務もしくは財産の状況の調査の権限（民法 863 条 1 項）
- ② 成年後見人の財産調査，財産目録作成への立会権，立会のない財産目録等の無効（民法 853 条 2 項）
- ③ 後見事務及び財産の状況の調査権限（民法 863 条 1 項）
- ④ 後見事務について必要な処分を家庭裁判所に請求する権限（民法 863 条 2 項）
- ⑤ 成年後見人の解任請求権（民法 846 条）

成年後見人に不正な行為，著しい不行跡その他任務に適しない事由が

(6) 後見監督をめぐる課題・事件増及び不祥事対策

ア 後見人等による財産的不祥事の増加

後見人等による不正件数及び被害総額は次のとおりである（最高裁判所 2015 年 7 月発表）。

2011 年	311 件	約 33 億 4,000 万円
2012 年	624 件	約 48 億 1,000 万円
2013 年	662 件	約 44 億 9,000 万円
2014 年	831 件	約 56 億 7,000 万円（このうち専門職によるもの 22 件，約 5 億 6,000 万円）

成年後見制度における財産管理と身上監護は車の両輪である。財産管理上の不祥事の防止は，本人の権利擁護及び制度に対する信頼維持の上で，根幹的に重要な課題である。

(7) 裁判所の充実

ア 成年後見関係事件担当の裁判官その他の人員・物的設備は足りているか

イ 裁判所外の後見監督機関設置について

以上

日本成年後見法学会 第 13 回学術大会
＜統一テーマ＞後見人の職務Ⅲ ～障害者権利条約からみた後見人の職務と法改正～
基調報告「障害者権利条約と民法理論」

日本大学法学部教授
弁護士（篠崎・進士法律事務所）
清水 恵 介

第 1 序 論

障害者権利条約と成年後見制度利用促進法との二重の要請による成年後見制度の見直し
成年後見制度の見直しを通じた民法理論そのものへの影響とその変容

平成 11 年改正民法は民法理論を変容させたか

→ 既存の法概念の枠内での再構築 cf. 後見登記制度の創設

条約 12 条が要請する大規模な変革

障害者を法的能力によって差別することの禁止

代替意思決定〔substitute decision-making〕の仕組みの廃止

支援付き意思決定〔supported decision-making〕制度の開発

→ 人の能力とは何か、法定代理とは何か、支援を受けた意思表示をどのように評価するか？

第 2 能力論

1 序 論 — 条約 12 条 2 項にいう「法的能力」〔legal capacity〕の意義

条約 12 条 2 項：「締約国は、障害者が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ことを認める。」

一般的意見〔general comment〕第 1 号（2014）：法的能力＝権利能力＋行為能力

→ 行為能力における差別の禁止

2 新たな成年後見法の規定場所

制限行為能力者は未成年者のみ？

民法第 1 編第 2 章第 2 節「行為能力」 → 未成年者に特化

成年後見については分離して別の場所へ

移行先の選択肢

民法第 4 編、親族法中の後見等に関する規定にまとめる考え

→ 専門職後見 7 割の現状で、これを“親族”法に組み込むことの違和感

特別法として括り出す考え

→ そもそも成年後見法は民法の一部か？

3 取消権規定の見直し

行為能力の制限と取消権との結び付き

→ 条約の要請で行為能力の制限が禁じられた場合、取消権を維持できるか

無能力・禁治産などの能力否定的な制度から、自己決定の尊重を理念とした新たな成年後見法への脱却 → 取消権については改正の前後で一貫して維持

行為無能力から制限行為能力への表現の改正

日本民法では、本人の法律行為も無効ではなく、取り消し得る行為（原則有効）

代替意思決定の仕組みの廃止を求める条約の趣旨

本人の行為能力の否定 → 本人の法律行為の無効 → 他者による意思決定の代替
本人保護手段としての取消権 ex. 消費者契約法 4 条の取消権

取消権の付与そのものによる不利益を回避する趣旨からの取消権廃止論

消費者契約法その他の一般的な無効・取消規定による保護に委ねるとの立場

意思決定支援の充実による取り消されるべき契約の回避

→ 高齢者を標的にした詐欺被害の社会問題化

取消権付与目的での成年後見制度利用も許容？

cf. 条約 12 条 5 項：「障害者が恣意的にその財産を奪われないようにすること
を保障する。」

取消権の付与と行使にあたっての扱い

取消権の付与にあたって本人の同意を求める扱い cf. 補助類型

取消権を行使するにあたっての本人意思尊重

4 意思能力をめぐる問題

意思能力も「法的能力」に当たるか？

一般的な形で個別の意思表示を無効にする原因

意思表示制度の存立基盤

→ 概念の存在自体は条約に抵触せず

今般の債権法改正における意思無能力無効規定の創設の評価

民法改正案 3 条の 2：「法律行為の当事者が意思表示をした時に意思能力を有しなかつたときは、その法律行為は、無効とする。」

2 つの批判

条文の位置に対する批判

改正案：権利能力規定と行為能力規定の間

→ 法律行為の無効原因に関する規定として、民法 90 条以下に規定すべき？

無効規定としたことへの批判

cf. 錯誤無効から錯誤取消しへ（改正案 95 条）

意思能力の定義も無し

→ 条約とは無関係

5 責任能力をめぐる問題

不法行為法上の責任能力（民法 713 条参照）の条約適合性

条約全体の趣旨は、障害者の「権利」に関する平等の要請

→ 条約 12 条 2 項自体は、「生活のあらゆる側面」における平等

契約の締結などの“法律行為”のほか、“不法行為”も含む？

→ 責任能力の規定は、障害者にとって有利

障害者自ら締結した契約が無効評価されることの不利益とは違う？

cf. 条約 5 条 1 項：「締約国は、全ての者が、法律の前に又は法律に基づいて平等であり、並びにいかなる差別もなしに法律による平等の保護及び利益を受ける権利を有することを認める。」

- cf. 最判平成 28 年 3 月 1 日 (JR 事件最高裁判決)
→ 責任能力に関する諸外国同様の立法論議が必要

第 3 代理論

1 序 論 — 代替意思決定の廃止と法定代理

代替意思決定の仕組みの廃止は法定代理の禁止を帰結するか？

- 全廃は代理法の観点から不可能
「意思と選好の最善の解釈」は代理を想定すること
意思の表明すら不可能な重度の障害者の代理
任意代理・任意後見と法定代理・法定後見との区別の有意性 (後述)

2 「使者」概念の再評価と取引の相手方の保護

代理人と使者

- 代理人：代理人が最終的に意思決定
使者：本人が最終的に意思決定
条約が求める意思決定支援は、使者の利用を禁じるか？

使者を用いた場合の規律の必要性

- 取引の相手方の保護に関する規律の検討
代理人か使者かの区別基準 — 相手方からの外形判断
→ 使者として行動したのに、本人が真実は意思決定をしていなかった場合
使者を用いた意思表示に対する代理規定の類推適用の問題
表見使者の成否
無権使者の責任 (民法 117 条類推適用)
→ 使者による意思表示の社会的需要・意義において代理と同視できるか
支援付き意思決定制度の信頼を維持する観点

強調すべき点

- 意思決定を誰が行うかに関わりなく、相手方の保護との間で調整が必要となること
その調整点をどこに定めるかが民法の役割の 1 つであること
意思決定支援をめぐる議論においては本人側の保護のみが強調されていること

3 任意後見と法定後見の区別とその相対化

本人の意思に基づく任意代理・任意後見は条約下でも許容？

- cf. 欧州評議会「無能力に備えた持続的代理権及び事前指示に関する原則」(2009 年)
→ 世界的な法整備の進行

任意後見における横領リスク

ex. 財産管理等委任契約

任意後見の趣旨は、法定後見と同様、本人の判断能力の補充ないしは支援

- 濫用防止措置としては法定後見に準じたものを用意すべき
→ 任意後見と法定後見の区別の相対化

身上配慮義務 (任意後見法 6 条) の改正？

- 法定後見制度と併せた任意後見制度の見直し

4 事実上の後見人の処遇

開始審判を経ないまま親族等が本人の財産管理を行う、事実上の後見人の法的処遇

認知症者だけで推計 500 万人

後見制度全体の利用者数 20 万人弱（平成 27 年）

→ 事実上の後見が現実社会において相当数行われていることの推測

制度の普及・啓蒙活動や制度・運用の見直しによる問題の解決の限界

← 財政・マンパワーの不足，申立主義

→ 潜在的な制度適合者にくまなく制度を利用させることは不可能

→ 事実上の後見人の処遇を検討する必要性

民法中の事務管理に関する諸規定（697 条以下）の原則的適用 — 事務管理法との調整

一般的な管理継続義務（700 条）

緊急処分義務（874 条・654 条）にとどまる法定後見人よりも重い義務

事務管理者の代理権

否定説（判例・通説）

ヨーロッパ私法に関する共通参照枠草案〔DCFR〕V-3:106 条(2)：「管理者は，本人のためになることが合理的に期待される限りにおいて，本人の代理人として法的取引を行い，又は他の法律行為の履行をすることができる。」

→ 一種の法定代理権との調整が必要？

第 4 支援論

1 民法における「支援」の位置づけ

保佐・補助類型にみられる「同意」の再構成としての「支援」

「同意」は，日本旧民法の「立会」，フランス法の「補佐」〔assistance〕がルーツ

→ 契約書面への連署など，共同意思決定〔co-decision-making〕の制度化としての「同意」を「支援」として再構成？

「支援」は法律行為の動機に作用する一要素とみる立場

適切な「支援」 → 情報提供義務の履行

不適切な「支援」 → 情報提供義務の不履行や詐欺などとして評価

2 意思決定支援と法律行為法

意思決定支援を受けてなされた法律行為の評価

ex. 支援を欠くか，あるいは不十分・不適切な支援による意思決定に基づいてなされた法律行為の効力

本来であれば意思能力を欠く状況での法律行為でも，十分かつ適切な支援を得てなされたのであれば，有効と解してよいのか？

意思決定支援に基づく任意代理・任意後見の有効性

ex. 支援者が自己又は第三者を代理人とする委任契約を意思決定支援の名の下に締結させるような行為

→ 支援の濫用？

第 5 結 語

成年後見制度利用促進法の意義と課題

司法書士 大 貫 正 男

はじめに

利用促進法のきっかけ

→2010(平成22)年10月、日本成年後見法学会主催による「2010年成年後見法世界会議」開催

- ・利用が少ない
- ・担い手が不足している
- ・公的支援が必要
- ・国連の障害者権利条約の理念に沿っているか

→「横浜宣言」採択

横浜宣言の具体化という課題を背負う

1、意義

★制度の目的が法律上(1条)明らかにされた

- (1) 成年後見制度を、認知症、知的障害その他の精神上の障害のある者を社会全体で支え、かつ共生社会を実現するための重要な手段である、と位置づけていること。
- (2) 利用促進を国、地方公共団体の責務としていること ➡ 国主導による公的支援体制の強化
- (3) 社会全体で支え合う社会をつくるために、関係者、国民、関係機関等の協力・連携が必要なことを強調していること ➡ 後見の社会化
- (4) 成年後見制度全体を動かしていく体制を定めたこと ➡ 主体は利用促進会議

公的支援システムの創設

成年後見制度は、利用者の資産の多寡、申立人の有無等にかかわらず「誰でも利用できる制度」として位置づけられるべきであり、そのためには行政が成年後見制度全体を公的に支援することが不可欠である。このような公的支援システムは「成年後見の社会化」を実現するものであり、行政による公的支援システムの創設を提言する。成年後見制度の運用面における司法機能、とりわけ家庭裁判所の機能の一層の拡充・強化を図ることが公的支援システムの円滑な実施の大前提となるべきである。このような公的支援システムの創設は、本人の親族、一般市民、各専門職間のネットワークを拡充させ、適切な成年後見人の確保、成年後見制度の権利擁護機能の強化に資するものである。（一部抜粋）

2、利用促進法の特徴

（１）基本法としての性格

制度の原点に立ち帰り、成年後見制度全体を貫徹する根本理念を定めると共に、公的支援の重要性を明らかにし、所管する体制を固め、将来にわたる改革の方策ないし手続きを明らかにして、制度のあるべきグランドデザインを描いている。

（２）統一法としての性格

成年後見制度は４つの法律から構成される（「成年後見法」という法律は見当たらない）。即ち、民法、任意後見契約に関する法律、後見登記等に関する法律、民法の一部を改正する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律（当時、資格制限の対象は１５８件）である。

促進法によって５つの法律から構成されることになり、成年後見制度が完結した。促進法は「統一法」として全体を機能させる役割を果たす。

これまでの相互の関連・連携で果たせなかった利用の促進が、「統一法」という魂が入ったことにより、基本理念と基本方針が制度の隅々にまで行きわたり、実効性のある改善策につながる。

（３）福祉法制として

促進法により、民法の守備範囲や機能がさらに拡充し、財産管理という枠組みから、社会福祉法制の１つとしてその仲間入りを果たしたと考えられる。

（４）プログラム法であること

促進法はプログラム法である。利用促進基本計画の策定を経て順次、見直しや改善・整備が進められる。

3、利用促進法の概要と課題

(1) 基本理念

① 3項目から成り立つ

理念その1 成年後見制度の理念の尊重（3条1項）

- ・ノーマライゼーション ～ 個人としての尊厳と生活保障
- ・自己決定権の尊重 ～ 意思決定支援
- ・身上保護の重視 ～ 財産管理のみならず

理念その2 地域の需要に対応した成年後見制度の利用の促進（3条2項）

市民後見人の育成・確保を基本理念とした

理念その3 成年後見制度の利用に関する体制の整備（3条3項）

家裁、行政機関・地方公共団体、民間との三位一体の仕組み

② 国等の責務

3つの基本理念の実現に向けて、国等の責務を定めた

- ・国の責務（4条）
- ・地方公共団体の責務（5条）
- ・関係者の努力（6条）

「親族後見人」が含まれる

「成年後見等実施機関」（2条3項）に、専門職後見人、社会福祉協議会等が入る

「成年後見関連事業者」（2条4項）に、介護、医療、金融機関等が入る

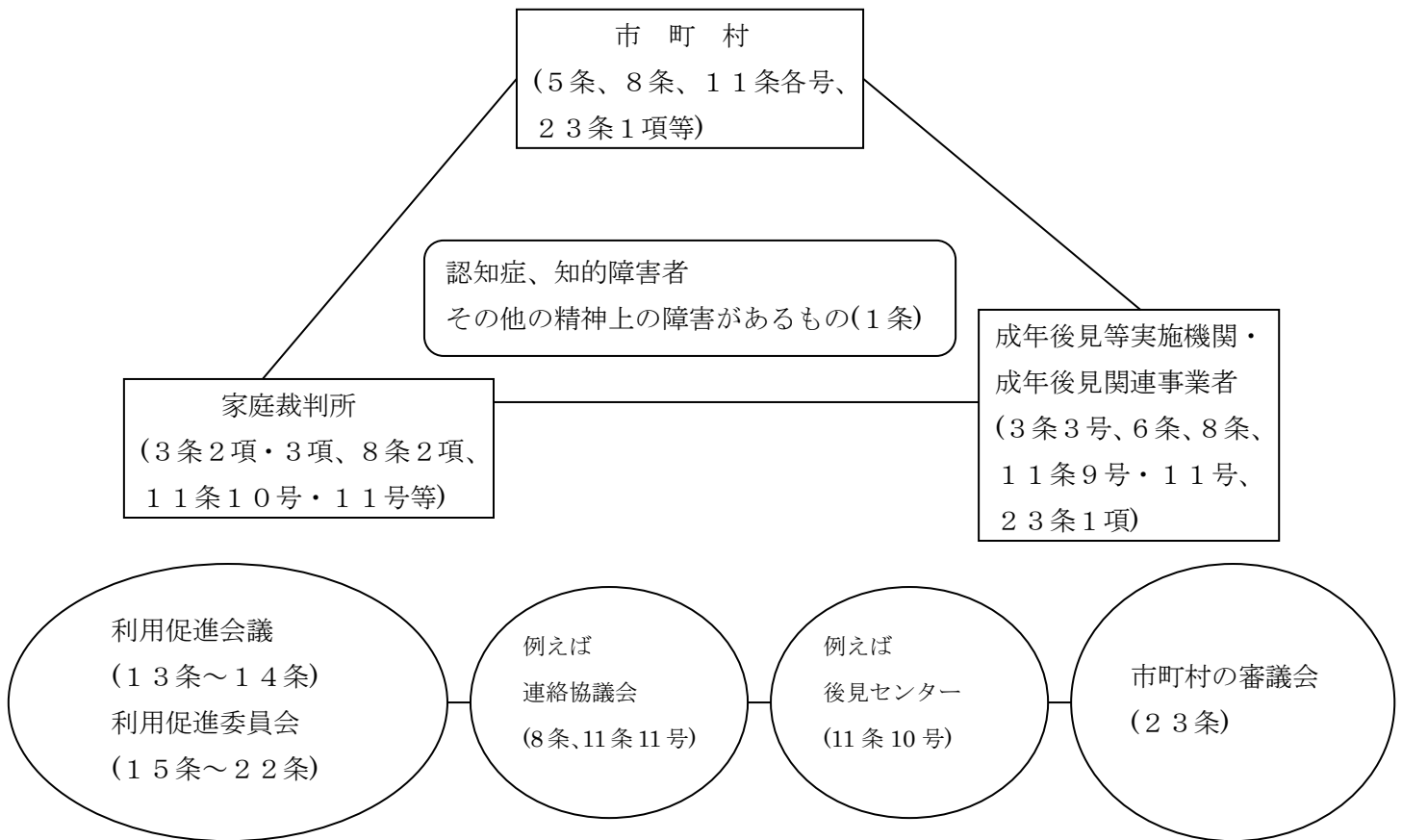
- ・国民の努力（7条）
- ・関係機関等の相互の連携（8条）

特に、地方公共団体に対し、家庭裁判所等に対する特別の留意を課している（法8条2号）連絡協議会のような連携を示唆している

③ 法制上の措置等（9条）

- ・第11条に定める基本方針の措置を速やかに実施
- ・権利制限に関する改正（見直し）と基本方針の法制上の措置は、施行後3年以内に講ずるものとする

利用促進法体制のイメージ



(2) 基本方針

重点課題が、利用者の権利利益の保護に関する国際的動向を踏まえて、3つの基本理念に基づいて見直しや検討を進めるものとしている（11条本文）。

理念の具体化その1 成年後見制度の理念の尊重

①保佐及び補助の制度の利用を促進する方策の検討（11条1号）

- ・立法時、どのような背景で3類型が採用されたのかその検証。
- ・国連の障害者権利条約等の国際的動向を視野に入れて、わが国制度はその理念にそっているのか。
- ・後見開始が全体の約8割という現状は是正されるべきである。

②成年被後見人等の権利制限に係る制度の見直し（11条2号）

- ・明確に「必要な見直しを行う」としているから、個別でなく全面的な見直しが求められる。

③成年被後見人等の医療等に係る意思決定が困難な者への支援（１１条３号）

- ・本人に身寄りがいない場合、医療、介護等の同意を求められるケースが多い。成年被後見人等の医療同意権をどのような範囲で認めるのか、どのような支援方法が求められているのか等、国際的動向を踏まえて検討を重ね、それに基づいて必要な改善を進めていくことになる。

④成年被後見人等の死亡後における成年被後見人等の事務の範囲の見直し（１１条４号）

- ・いわゆる「死後事務」を指すが、既に民法改正により一足先に見直しがなされた。

⑤任意後見制度の積極的な活用（１１条５号）

- ・任意後見制度は自己決定権の尊重の理念を取り入れた制度であり、民法改正の目玉であったが利用は伸びない。公証人、家庭裁判所、医療機関、そして「成年被後見等実施機関」との相互協力による改善策を立て、必要な整備を講じなければならない。

⑥国民に対する周知等（１１条６号）

- ・家庭裁判所の説明会、市町村や専門職団体等による講演会や相談会、等の開催が求められている。大学等の授業科目に取り入れることも考えられる。マスコミ等は、不祥事だけでなく利用案内にも力を入れる（７条）。

理念の具体化その２ 地域の需要に対応した成年被後見制度の利用の促進

⑦地域住民の需要に応じた利用の促進（１１条７号）

- ・地方公共団体は、地域住民の需要を把握して市町村長の申立等積極的な措置を講ずること。
- ・地域包括支援センターとの連携強化。
- ・高齢者虐待防止法における利用促進（２８条）。

 市町村の役割強化

⑧地域において成年被後見人等となる人材の確保（１１条８号）

- ・市民被後見人は、特に３条３項で述べているので本号は、親族被後見人、第三者被後見人（専門職被後見人、公益法人、社会福祉協議会、NPO法人等）の人材確保を目指すものとする。
- ・市町村には、相談、情報提供、研修等。
- ・報酬の支払いに関しては、特に第三者被後見人に向けて配慮すべきであろう。

 市町村の役割強化

⑨成年後見等実施機関の活動に対する支援（１１条９号）

- ・家庭裁判所、県や市町村、専門職等の民間団体のネットワークを充実させ、いわゆる「後見センター」のような仕組みをつくることを視野に入れているのでは、と考える。

理念の具体化その３ 成年後見制度の利用に関する体制の整備

⑩関係機関等における体制の充実強化（１１条１０号）

- ・従来から指摘されている家庭裁判所における監督機能の強化である。
- ・新件の審理と管理継続事件の監督事務を分離し、後者のうち司法判断を含まない定期的な一般監督については外庁化を図る時期に来ている。家庭裁判所、法務局、都道府県等から構成される人的物的体制を整備することが求められている。

⑪関係機関等の相互の緊密な連携の確保（１１条１１号）

- ・基本方針のまとめとして、重ねて相互の緊密な連携が強調されている。行政・民間・司法が一体となって利用促進にあたることを法律によって明確に位置づけられている。

（３）基本計画

基本計画については、前述したとおり政府は成年後見制度の利用の促進に関する施策のできる総合的かつ計画的な推進を図るため、「成年後見制度利用促進基本計画」を定めなければならない。政府、都道府県、市町村が一体となり、「基本理念」や「基本方針」を取り入れた利用促進を図ることになる。

（４）組織

①成年後見制度利用促進会議

内閣府に、特別の機関として、成年後見制度利用促進会議が置かれる（１３条１２項）。

- ・「誰でも利用できる制度」とするためには、司令塔の役割を果たす省庁横断的な所管がどうしても必要。
- ・利用促進会議を内閣府に置く。
- ・促進会議の設置により、成年後見制度全体を動かしていく主体（所管）は内閣府にあることを明らかにした。

②成年後見制度利用促進委員会

内閣府に有識者で組織される成年後見制度利用促進委員会が置かれる（１５条）。必要があるときは臨時委員や専門委員を置くことができる（１７条）。

促進委員会は、成年後見制度の利用の促進に基本的な政策に関する重要事項等を自ら調査審議し、内閣総理大臣又は関係各大臣に建議する（１５条第２項）。

- ・利用促進会議でなく直接各大臣に建議できるとしたことは効率的。
- ・促進委員会は、促進会議と共に促進法を具体化していく。

（５）地方公共団体

①市町村の講ずる措置

市町村は、国と連動し、当該市町村においても独自の基本計画を定めること、さらに成年後見等実施機関の設立（２条３項）を呼びかけている（２３条）。さらに、当該市町村の条例で定めるところにより、審議会その他の会議制の機関を置くように努めるものとする（２４条）

- ・促進法の目的である「社会全体で支え合う」、「共生社会の実現に資する」を、国や地方公共団体の事務としたが、この実現を図るため具体的な機関を挙げている。
- ・「成年後見実施機関」や「成年後見関連事務者」は、市町村の講ずる前述した措置に可能な限り協力すべきである。

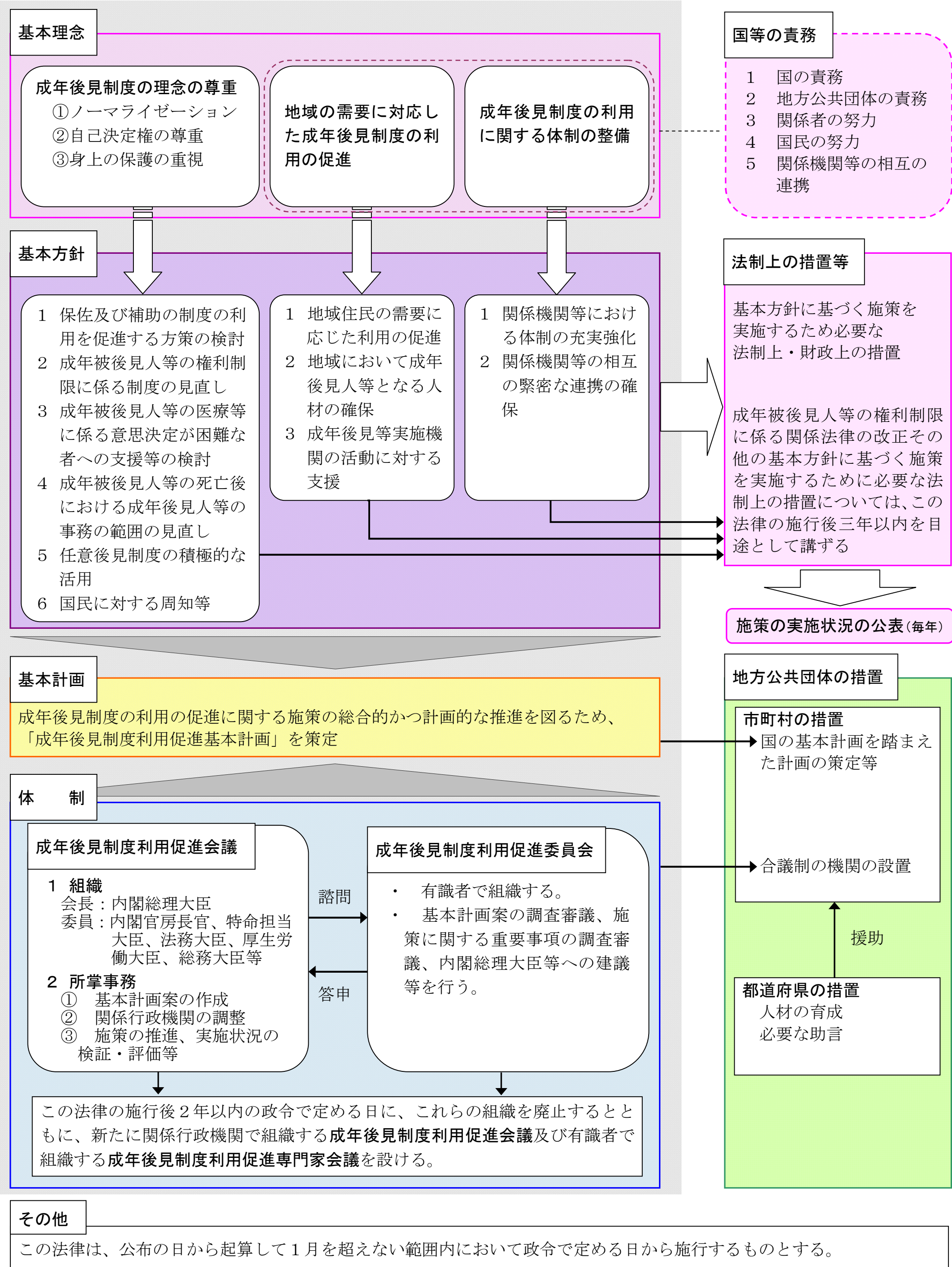
 市町村の役割強化

②都道府県の講ずる措置

都道府県は、市町村の講ずる措置について助言などの援助を行うよう努めるものとした（２４条）

４、おわりに

成年後見制度の利用の促進に関する法律案イメージ図



〔平成二十八年四月五日
参議院内閣委員会〕

成年後見制度の利用の促進に関する法律案に対する附帯決議

政府は、本法の施行に当たり、次の事項について適切な措置を講ずるべきである。

- 一、障害者の権利に関する条約第十二条の趣旨に鑑み、成年被後見人等の自己決定権が最大限尊重されるよう現状の問題点の把握に努め、それに基づき、必要な社会環境の整備等について検討を行うこと。
- 二、成年後見人等の事務の監督体制を強化し、成年後見人等による不正行為の防止をより実効的に行うため、家庭裁判所、関係行政機関及び地方公共団体における必要な人的体制の整備その他の必要な措置を十分に講ずること。

右決議する。

**現行成年後見制度を障害者権利条約12条に適合させ、
本人主体の法的支援制度とするための論点整理**

制度改正研究委員会委員長 赤沼 康弘

第1 法定後見制度の枠組みについて

1 障害者権利条約12条が求める障害者の法的支援制度

障害者権利条約12条は、第2項で、締約国が、障害者も他と平等に法的能力を享有するものとし、第4項で、法的能力の行使に関連する措置が、障害者の権利、意思及び選好を尊重すること、障害者の状況に応じ、かつ適合すること、可能な限り短い期間に適用されること、定期的な審査の対象となることを求める。

この要請に照らすとき、日本の成年後見制度は、以下の点において、障害者権利条約と抵触する可能性がある。

- ①成年後見人の代理権及び取消権が、本人の個別の必要性との関係で審査されることなく、包括的、一律的に付与されること
- ②保佐人にも同様に包括的な取消権が与えられていること
- ③成年後見等の開始後に保護の必要性に関する定期的審査のなされることがないこと

2 本人を主体とする法的支援制度の構築

(1) 本人意思を基礎とするための意思決定支援の必要性

本人に関わることは本人が決定すべきは、自己決定権の当然の帰結であり、法的支援制度も本人の意思を基礎とするものでなければならない。したがって、独力で意思決定をすることに困難をかかえる者に対しては、その意思決定を支援することが必要となる。意思決定支援は、本人が情報を理解して決定をするに際し、情報の提供と理解のための支援をすることである。また、選択肢の提示をわかりやすく行うことでもある。

ただし、成年後見制度における代理支援を意思実現支援として意思決定支援に含むとする見解もある。代理の社会的意義は、私的自治すなわち本人の意思の範囲の拡張と補充であるとされるところから（我妻栄「新訂民法総則」323頁、前者は主に任意代理であり、後者は法定代理であるとされる。）、導き出されたものである。

(2) 意思決定支援だけで本人の法的支援が十分できるであろうか。

ア 本人に意思能力がないと認められる場合の代理支援

国連障害者権利条約12条は、代理支援を否定していないとするのが締約国の共通の解釈と考えられる。

これに対し、国連障害者委員会は、その一般的意見12条の解説で、法定代理支援を否定しているとの見解がある。

しかし、同委員会は同条4項の解説で、「著しい努力がなされた後も、個人の意思と選好を決定することが実行可能ではない場合」、「意思と選好の最善の解釈」が「最善の利益」の決定に取って代わらなければならない」としており、これは意思解釈をした後、その意思に従って支援者が法律行為をするとの趣旨と解される。

「著しい努力がなされた後も、個人の意思と選好を決定することが実行可能ではない場合」には、本人に法律行為はできないことを承認するわけであるから、法律行為は代理人が行うしかない。

イ 意思決定支援を受ければ、法律行為ができる人に対する代理支援

単独では法律行為ができないが、支援を受ければできるという者も多い。この場合、あくまでも支援を受けて本人が契約すべきだとの考え方もある。

しかし、すべての法律行為を支援を受けた本人が行うべきだとするのは、本人に過大な負担を負わせることにもなり、また必要な法律行為が適時になされなくなるおそれもある。さまざまな法律行為が予定される賃貸不動産の管理を例にとれば、それは容易に推測できることである。このため、本人が自らそれを行うこと

を望まない場合もある。そのようなときの代理支援の必要性は高い。

そして、濫用を防止するため、このような者に対する法的支援は公的監督がなされ、権限が公的に証明される者が行う必要がある。

このような法定代理支援についても、本人の同意を基礎とすることにより、本人の意思に依拠することになり、障害者権利条約 12 条の観点からも承認されると考えられる。

ウ 任意後見契約でその要請は満たされるか。

本人の意思決定を重視し、単独では意思決定ができない者の代理支援は、任意後見をもって対応すべきであるとの考え方もあり得る。

しかしながら、判断能力が減退した者が締結する任意後見契約においては、受任者が不当な条件等に誘導し、また誤導する多くの濫用例が報告されている（日本司法書士会連合会・（社）成年後見センター・リーガルサポート「任意後見制度の改善提言と司法書士の任意後見執務に対する提案」2007 年 2 月、日本弁護士連合会「任意後見制度に関する改善提言」2009 年 7 月、日本公証人連合会法規委員会、「移行型任意後見契約等委任契約公正証書作成に当たっての実務上の留意点（濫用の危険を防ぐ観点から）」2008 年 3 月、成年後見法学会制度改正研究委員会「任意後見制度の改善・改正の提言」2012 年 7 月）。これらの濫用を完全に防止することは困難であり、このような実情をみる限り、任意後見のみで対応することはできないと言わざるを得ない。

エ 障害者権利条約が否定しているのは本人の能力を排除する代行決定である。

代理は、必ずしも本人の意思と対立するものではない。本人の意思にしたがいあるいは尊重した法定代理行為があり得る。現行制度においても、民法 858 条は本人の意思尊重義務を規定しており、本人の意思や意向を無視した代理行為は原則として許されないと解される。

3 本人の行為に対する取消権は承認されるか。

障害者権利条約 12 条との関係をどうみるか。

ここで問題となるのは、成年後見人等が法律行為の取消権を持つことの可否である。

2000 年の改正法施行以前は、保佐人に取消権はなかったが、本人保護の観点から、必要性が強く主唱されて導入されたという経緯がある。すなわち、保佐レベルの本人が財産侵害にあうという事例が相当数存在したということである。本人を保護するために取消権を残すことによる権利侵害の不利益の方が、取消権がないことにより保護されない不利益よりはるかに大きいとの意見もあるが、それも実証的なものとは言いがたい。

しかし、本人が行った法律行為を本人以外の者が取り消すということは、本人の行為能力を大きく制限するものであり、障害者権利条約 12 条との抵触のおそれが強い。

改めて取消権の必要性和正当性に関する検証が不可欠である。

消費者保護法制により相当程度は保護が図れる可能性があるが、消費者保護法制における取消権は期間制限や要件等に複雑な面があり、また消費者取引以外には及ばない。特に贈与や寄付などには対応できない。

高齢者取引取消権のような一般的制度は、結果として高齢者の取引制約とならないかという疑問がある。

必要性の原則と本人意思の尊重を条件とすれば、取消権も許容されると言えるのではないか。本人意思の尊重は、後見人等の権限行使における指導理念であり、原則である。

特定の行為に限定し、また本人の同意がある場合とすることにより、本人の意思を基礎に据えることができる。現行法の下においても、保佐レベルの場合は、本人の意思が優先すると解釈されている（小林・原「平成 11 年民法一部改正法等の解説」118 頁）。保護が優先するのは、本人の生活の基盤が失われるような場合であり、これは、自らの存在を否定する意思が承認されないと同様に、認められないゆえである。

他方、本人に同意する意思能力がないときは、家庭裁判所が必要に基づいて付与できるとすべきである。もとよりこの場合も、本人意思尊重の原則がはたらく。

なお、この場合に取消権を行使するときは、家裁の許可が必要とする見解もある。

4 類型主義から一元主義へ

日本の現行法定後見制度は、判断能力の程度により 3 類型に分けた保護制度を採っている。

しかし、保護は反面で本人の行為能力を制約するものともなっている。判断能力による類型で行為能力を制約することは、障害者の属性による制約であり、本人の状況に応じたものとは言いがたい。これは、本人の支援や保護の必要性を超えて本人の権利能力を制約する権限を支援する者に付与することになる。障害者権利条約 12 条はこのような制度を承認していないと考えられる。

本人の行為能力の制約は、支援や保護に必要な範囲とどめなければならない。本人の判断能力とその状況ごとに支援や保護の必要性を判断し、権限の範囲を決めるとする制度への転換が必要である。

これに対しこれを事細かに判断し、かつ取引上の権限として公示することは困難ではないかとの意見がある。

しかし、保佐における代理権付与、補助における同意見及び取消権、さらに代理権の付与のようにある程度類型化した行為について判断するのであれば十分可能である。

また、それは現状の保佐・補助の件数であるから可能なのであり、後見類型の件数を想定すると、対応は実務上困難との意見がある。

現状の実務上の制約から個人の基本的な権利を制約するということは権利制約の正当理由とはなり得ないと考えられるが、しかし、確かに実務上の配慮も必要である。そのための司法容量の拡大は不可欠である。

ただし、現行日本の利用件数は、ドイツやオーストリアさらにフランスの利用件数と比較しても決して大きい数ではない。日本においてこれができないということは考えられない。

5 成年後見制度の法体系上の位置づけ

成年後見制度は法律行為に関する規律を基本とするので、基本的部分は民法に規定することが必要となる。

法律行為の意思決定支援に関する規律もその法的効果や後見人等の義務に関する規律は、同様と考えられる。

6 法定後見制度転換の具体的方向性

(1) 本人に代理権付与の同意をする能力がない場合

本人に同意能力がない場合は、特定の法律行為につき、家庭裁判所が本人の状況に応じて必要な限度で代理権や取消権を付与する。

権限を付与された行為について、支援者は、本人の意向をくみとり、また意思を解釈し、さらに主観的最善の利益を考慮して決定する。

(2) 本人に代理権付与につき同意する能力がある場合

一本人の同意を要件とする法定代理制度

本人の申立あるいは同意を要件として家庭裁判所が権限を付与する。

法定代理とすることの意義は、家庭裁判所の選任及び監督の責任を基礎づけるところにある。本人の意思で本人が選任した受任者に対して、選任にかかわらない家庭裁判所が監督責任を負うとすることには法理論上も現実的にも困難がある。

第2 各制度の個別的検討

1 意思決定支援の法的位置づけ

(1) 意思決定の支援者は誰か。

一般的には、特定の支援者を予定しないで、障害者の周囲の支援者すべてが意思決

定の支援者であるとみるべきであろう。

法律行為に関しては、やはり一定の資格を持ち、公的な監督がなされる者が意思決定支援の主たる責任を担うとすべきであり、それが濫用を防止するためにも必要と考えられる。法定後見制度の意義はここにあり、これを不要とする国は見受けられない。

(2) 意思決定支援は代理支援の要件か。

法律行為の相手方がその意思決定支援の存否やそれが適切であるか否かを判断することは容易ではない。そうなると、相手方はそのような取引を避止する方向に向かうおそれもある。

したがって、意思決定支援は民法８５８条のような本人の意思の尊重のなかに含まれるものと位置づけることが必要である。

(3) 意思決定支援を履行させる措置

意思決定支援の有無を後見人等の権限の有無と連動させない場合は、これは代理代行における指導理念であり、職務の指針ということになる。現行制度の下では、本人の意思の尊重義務は、善管注意義務の内容であるとされるが、これにとどまらない独立した一般的義務と解すべきである。

これに反した場合は、解任事由となり、また損害が生ずればその賠償義務が生ずる。

ただし、意思決定支援をせず、当該行為が本人の意思に反することを相手方が知っていた場合や通常の注意で知り得る場合には、権限濫用法理でその代理行為を無効とすることはあり得る。

2 意思決定支援要否の基準としての能力概念

類型主義から一元主義に移行すると、従来のような意思能力と別の概念である事理弁識能力、判断能力という概念を用いることはできなくなる。

支援に必要なための新たな概念が必要となるものと考えられる。

3 代理決定の基準は本人の意思と主観的最善の利益

(1) 最善の利益概念の明確化

(2) 本人の意思と最善の利益が衝突した場合の行為基準の明確化

4 特定の法律行為に限定した代理支援の制度は必要か。

他者の介入は最小限とすべきだとする必要性の原則を重視するならば、特定の行為についてのみの法定代理の制度を創設することが考えられる。

ただし、その部分の後見に限定してしまうと、その後の支援をどうするのかという問題がある。支援者なしで不安はないかということである。

他方、法定後見制度が、一元主義の下に、必要な範囲で代理権を設定し、必要性がなくなれば、いつでも利用を廃止できる制度となれば、以上の制度の必要性はなくなると考えられる。

5 監督機関

濫用を防止する制度の必要性に異論はない。

また、本人の意思の優越を原則とすることとなると、本人の意思に仮託した濫用が発生するおそれがある。これは現在でも生じているが、最善の利益の観点から規制がなされているのに対し、この点での問題はこれまで以上に生ずる可能性がある。

この濫用防止のための機関としては、最終的には司法機関が役割をはたすべきである。

しかし、超高齢社会における法定後見制度に対する需要を考慮すると、その事前の監督機関として新たな監督行政機関を創設することが必要と考えられる。

6 期間制限

5年ごとの見直しとする。

以上

「成年後見制度」から「意思決定支援制度」へ

弁護士 井上計雄

日本弁護士連合会

2015.10.2「総合的な意思決定支援に関する制度整備を求める宣言」(http://www.nichibenren.or.jp/activity/document/civil_liberties/year/2015/2015_1.html)

《第58回人権擁護大会シンポジウム第2分科会実行委員会の考え》

基調報告書 (http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/jfba_info/organization/data/58th_keynote_report2_1.pdf), 議論状況につき実践成年後見No.61-83頁参照

☆「意思決定支援法」の制定

〔基本的考え方〕

精神上的障害があることで類型的(属人的)に区別するのではなく、支援が必要な「事柄」について適切な支援がなされるべき。

ただ、事柄によって支援を受けても意思決定できない場合は代理・代行を認める。

←この点で国連障害者権利委員会の見解には反する。

〔法の主要構成〕

- 1 意思決定支援
- 2 監督付任意代理
- 3 法定代理

1 意思決定支援の内容

- (1) 意思決定事項は日常生活におけるものから重要な事柄まで多岐にわたる。それぞれの事柄についてそれぞれの場面で意思決定について支援がなされなければならない。しかし、支援の具体的内容は、事柄や場面、本人の状況によって異なり、法律で一律に定めることはできない。

そこで、適切な意思決定支援として抛るべき原則・基本事項を定める。

ここでは、適切な支援がないまま安易に代理代行決定(他者決定)に移行することを防止するのが目的。

- (2) 適切な支援が尽くされても本人がその事柄について意思決定できないと判断された場合に初めてその事柄について代理代行決定(他者決定)に移行する。

代理代行決定に移ったとしてもその代理代行決定は本人の主観に立脚したものでなければならない。

= 権利条約「意思及び選好の尊重」、菅富美枝教授「MCAにおける主観的ベストインタレスト」

- (3) 代理代行に移行できるという場合でも、事柄によっては正当な代理権を有する者でなければならないものもある。重要な事柄については、監督付任意代理や法定代理に

よることとなる。

ここでも安易な代理代行を防止すべきことは同じであるため、定められた原則に従うべきことになり、これら代理制度を本法の中に位置づける。

2 監督付任意代理の内容

- (1) 本人が事前に任意代理権を付与しておく契約は自己決定によるもの。ただ、適正な代理権行使について監督は必要。
- (2) 監督機関への登録制度
- (3) 一律に全ての代理権が発効するのではなく、必要な事柄ごとに代理権行使が可能となる仕組みとする。

3 法定代理の内容

- (1) 法定代理は、支援を尽くしても本人が決定できない場合であるので、その事柄についての代理権が付与される（個別代理権）。
本人が決定できない事柄がいろいろとある場合は、複数の個別代理権になることもある。
- (2) 個別代理権付与とすることで、その事柄についての適任者を選任できる。
- (3) 本人が意思決定できないということは、必ずしも恒久的なものではないし、判断された時点と代理権付与の時点、行使の時点でも異なりうる。それ故に代理権が付与されたとしてもその行使にあたっては意思決定支援の再チェックがなされなければならない、意思決定支援の原則に服する。
- (4) 代理権付与審判については期間を定めることで、定期的見直しがなされる。

4 監督機関の分離

成年後見制度の運用において問題となっているのは、家裁による監督の限界である。

そこで、家裁は法定代理権付与等の司法的判断に特化し、代理人の監督は行政機関に分離する。法定代理人も監督付任意代理人も同じ。

以上

平成28年5月28日（土）

日本成年後見法学会 第13回学術大会

「成年後見人の行動指針」

（公社）成年後見センター・リーガルサポート
司法書士 山崎 政俊

1. 行動指針策定に関する当法人の活動

→ 新しい成年後見制度が始まって15年を経過し、成年後見における世界の考え方も大きく変化してきている中で、今後の後見事務のための道しるべとして提案したのがこの行動指針である。

→ 当法人では、2011年度事業計画に基づき、その年の8月に後見人の行動指針策定委員会を設置した。その後2年間にわたる委員会活動を経て、その間の活動結果を広く問うために、2013年2月23日に後見人の行動指針シンポジウムを開催した。

さらに、その後約1年数か月にわたり、シンポジウムでいただいた意見等を参考にして、「後見人の行動指針案」を見直す作業を行ってきた。その結果、2014年5月、「後見人の行動指針」（以下、「行動指針」という。）を発表した。

また、12月13日には、成年後見制度制定及びリーガルサポート設立15周年記念事業の一環として、大手町のサンケイプラザにて、「行動指針の意義と今後の成年後見制度の課題」と銘打って、シンポジウムを開催し、多くの方の参加を得た。

→ なお、行動指針の解説も必要であるとの観点から書籍化をすすめ、2015年に出版するに至った。

→ また、2016年3月5日に、「後見実務における意思決定支援」と題し、市民公開シンポジウムを開催した。

2. 各区分の趣旨の概略

→ 前文：我が国だけでなく、世界的な成年後見制度の基本理念等に基づき策定した旨、及び、行動指針の目指すところ（適切な代弁活動による本人の最善の利益を図ること）を簡潔に述べている。ただ、現段階では、「本人の意思と選好の最善の解釈」とすべきと考えられる。

→ 条項A：後見事務で最も基本となるのは本人との関わりなので、初めにAで策定した。

→ 条項BCD：いずれの区分の理念も意思決定の支援という点で共通するが、代行決定に偏りがちな従来の後見実務を見直すため、Bを総論的に、C・Dを各論的に策定した。

→ 条項E：意思尊重義務と身上配慮義務について改めて意識してもらうため策定した。

→ 条項F：後見人は善管注意義務が求められるし、一種の公務とも言えるので、それに資するための姿勢を策定した。

→ 条項G：制度利用の入口で関係者に後見制度の理解を深めてもらうことが、より良い後見事務に結び付くという観点から策定した。

3. 意思決定支援について

→ この指針策定作業の過程では、いわゆる「意思決定支援」という考え方を、いかに現行制度に

取り込むかという点が一番苦慮したところである。

- この「意思決定支援」は、最近我が国も批准した「障害者権利条約（2006年12月）」の中心的な考え方の1つであり、条文そのものには明記されていないが、「そこで目指されているのは、代行決定ではなく、『意思決定支援（自己決定支援）』であると一般に解釈されている」といわれている。
- 一方、我が国の成年後見制度は、後見人に対して本人の意思尊重義務を明記してはいるものの、支援の方法としては、後見人による代理権の行使、及び本人を制限行為能力者とすることを前提とする同意権、取消権の行使（但し、成年後見人は取消権のみ）による方法が設けられており、いずれも後見人による「代行決定」を前提とするものであるといわれている。
- そこで、指針では、世界的な潮流である「意思決定支援」と我が国が前提とする「代行決定」の調和を図るべく、「意思決定支援」は、代理権の行使及び同意権、取消権の行使に共通する事項であるとの視点にたってこれを独立の項目とした。これにより、代行決定に偏りがちなこれまでの後見実務の見直しに寄与するのではないかと思料する次第である。

4. 行動指針の対象と役割

（1）行動指針の対象：

- この行動指針は、成年後見人、保佐人、補助人及び任意後見人の事務を対象に策定したものであり、未成年後見人の事務については想定していない。
- この行動指針は、専門職後見人や市民後見人、親族後見人等、広く後見人としての事務を行う者を想定している。
- 行動指針において単に「後見人」というときは、成年後見人、保佐人、補助人及び任意後見人を含むものとしているのでご留意願いたい。

（2）行動指針の役割

- 行動指針は、後見人が自らの後見事務をより良くしようとする時に、ヒントとなり道しるべとなるものであって、必ずしも後見人に対して強制するものではない。なぜならば、後見事務は、人を直接の相手としてその質を問われるものであり、後見人の自発性によらず規制によって事務を強制しても、本当の意味での良い事務は行えないと考えるからである。
- ただ、行動指針の中には、民法644条の善管注意義務や同法858条の意思尊重義務及び身上配慮義務等に関係した内容も含まれている（特に、F-1）。そのため、行動指針自体には拘束力や強制力はないが、行動指針に沿わない行為が民法その他の法令に抵触するものであるときは、それらの規定を根拠にして後見人の責任が生じることがあるので、注意願いたい。

おわりに

- 障害者権利条約の趣旨にかなった制度の改正の検討も必要だが、意思決定支援のスキルを磨くことも重要である。

平成 26 年 5 月 15 日

後見人の行動指針

公益社団法人

成年後見センター・リーガルサポート

我々は、後見人が事務を行うにあたって、この行動指針を策定した。

その目指すところは、「自己決定の尊重」、「現有能力の活用」、「ノーマライゼーション」といった我が国の成年後見制度の基本理念を自覚するとともに、本人の自己決定を支援し権利の制約を最小限にする世界の成年後見制度の潮流を取り入れ、より本人と向き合った事務がなされ、適切な代弁活動をすることにより本人の最善の利益を図ることにある。

A、本人との関わり

- 1, 本人の性格、生活歴、障害や病気など、本人自身を知るよう努めよう。
- 2, 本人を知るため、定期的に面会しよう。
- 3, 本人の意思、希望、価値観などを尊重しよう。

B、本人による意思決定の支援

- 1, 本人による意思決定を支援し、その決定された意思を尊重しよう。ただし、本人の身体又は財産に重大な不利益が生じるおそれのあるときは、そのことを本人に説明し、本人の利益に適う決定がされるよう支援しよう。

C、代理権の行使

- 1, 後見人が代理権を行使するときでも、前提となる意思決定は本人にしてもらうよう働きかけよう。
- 2, 本人による意思決定が困難で後見人が本人に代わって意思決定をするときは、本人の意向や希望をくみ取り、推定される本人の意思に沿った決定をしよう。
- 3, 後見人が本人に代わって意思決定をするときは、本人の権利や行動の自由に対する制約がより少ない方法を選択しよう。

D、同意権、取消権の行使

- 1, 事後に取消権を行使することより、事前に同意権を行使することを意識しよう。
- 2, 同意権を行使するときは、十分な情報を本人に理解できるように伝え、本人の意思決定を支援したうえで、同意するか否かを判断しよう。
- 3, 取消権の行使は、本人の身体又は財産に重大な不利益が生じるおそれがあるなど、やむを得ない場合に限定しよう。

- 4, 取消権を行使するときは、その必要性を本人に説明し、できる限り本人の理解を得るようにしよう。

E, 本人の生活への配慮

- 1, 本人の意向を尊重し、本人が安定した生活を送れるよう支援しよう。
- 2, 本人が利用できる制度等の社会資源について情報を収集し活用しよう。
- 3, 本人の財産は、単に保全するだけでなく、生活の質を向上させるために活かそう。
- 4, 本人を支援する人との連携を保ち、それぞれの役割を分担しながら本人の生活を支えよう。
- 5, 本人が虐待、放任、搾取等の被害をうけていないか気を配ろう。

F, 事務の姿勢

- 1, 後見人の職務と立場を自覚し、公正かつ誠実な後見事務を心がけよう。
 - ①本人との利益相反、利害の対立に注意する。
 - ②会計管理や後見事務の正確な記録を残す。
 - ③本人の財産は、後見人自身の財産と明確に区別して管理する。
 - ④審判や契約で定められた報酬と事務費用のほかに、金銭や利益の供与を受けない。
 - ⑤第三者後見人への遺贈は、後見人の関与を疑われるおそれがあるので受けない。
- 2, 与えられた権限を逸脱しないようにしよう。
- 3, 本人のための後見人であることを自覚し、周囲の関係者の意向に引きずられないようにしよう。
- 4, 自らの事務について、定期的に振り返る機会を持とう。
- 5, 周囲の関係者の意見を聞き、自らの事務が独善に陥らないようにしよう。
- 6, 後見人の経験をもとに、成年後見制度の内容や運用を改善するための意見を出そう。

G, 法定後見申立や任意後見契約締結にあたって

- 1, 制度の仕組みと本人が受ける制約を、本人や周囲の関係者に十分説明しよう。
- 2, 法定後見では、本人の状態にあった類型の申立てを心がけよう。
- 3, 法定後見の代理権や同意権は、それが本人への制約になることを意識し、必要最小限の権限の付与を求めよう。
- 4, 任意後見の受任をしようとするときは、時間をかけて本人の理解に努め、信頼関係の構築を図ろう。
- 5, 任意後見を受任するときは、本人の知識、経験及び財産の状況等に配慮して適正な契約内容を考えよう。
- 6, 任意後見の受任者は、本人の状況を把握し、適切な時期に任意後見監督人の選任を申し立てよう。

意思決定支援における社会福祉士会の取り組み

平成 28 年 5 月 28 日

公益社団法人東京社会福祉士会

会長 大輪典子

社会福祉士会は、意思決定支援は社会福祉士の支援の基本であると考え、高齢者・障害者の権利擁護のために成年後見制度の活用を積極的に推進してきた。そのうえで、成年後見制度が抱える後見類型の偏重、第三者後見人の担い手、障害者権利条約との整合性の課題に対して、本人を中心においた成年後見制度を実践する支援のあり方について検討を続けてきている。

意思決定支援ガイドライン（案）について

厚生労働省「障害者の意思決定支援・成年後見制度の利用促進の在り方について平成 27 年 9 月 8 日」には「意思決定支援ガイドライン（案）」が示されている。ガイドラインの位置付けは、障害者基本法や障害者総合支援法等の法律に規定された意思決定支援に関して、社会福祉活動が発展的に実践できるよう、障害者の意思決定支援に関する基本的考え方・姿勢、具体的方法及び配慮されるべき事項等を提案し、事業者等がサービスを提供する際に必要とされる意思決定支援の枠組みを示し、もって質の高いサービスを提供することを目指すものであるとされている。

社会保障審議会障害者部会（第 79 回）平成 27 年 12 月 14 日の「障害者総合支援法施行 3 年後の見直しについて（案）～社会保障審議会 障害者部会 報告書～」、障害者の意思決定支援・成年後見制度の利用促進の在り方についての検討内容では、意思決定支援ガイドラインについて、意思決定支援の定義や意義、標準的なプロセス（サービス等利用計画や個別支援計画の作成と一体的に実施等）、留意点（意思決定の前提となる情報等の伝達等）等を取りまとめた「意思決定支援ガイドライン（仮称）」を作成し、事業者や成年後見の担い手を含めた関係者間で共有し、普及を図るべきである。あわせて、意思決定支援の質の向上を図るため、このようなガイドラインを活用した研修を実施するとともに、相談支援専門員やサービス管理責任者等の研修のカリキュラムの中にも位置付けるべきである。なお、ガイドラインの普及に当たっては、その形式的な適用にとらわれるあまり、実質的な自己決定権が阻害されることのないよう留意する必要がある。障害福祉サービスにおける意思決定支援に説いては、障害福祉サービスの具体的なサービス内容の要素として「意思決定支援」が含まれる旨を明確化すべきであるとしている（以下省略）。

ガイドラインの構成は、総論・各論からなる。総論は、意思決定支援の定義、意思決定を構成する要素、配慮等について記載されている。（一部抜粋）意思決定支援の定義は、「知的障害や精神障害（発達障害を含む）等で意思決定に困難を抱える障害者が、日常生活や社会生活等に関して自分自身がしたい（と思う）意思が反映された生活を送ることが可能となるように、障害者を支援する者（以下「支援者」と言う。）が行う支援の行為及び仕組みをいう」とある。意思決定の内容（領域）、「生活の領域、人生の領域、

生命の領域」があり、それぞれの内容に応じて本人を中心にどのようなチームメンバーによって支援していくかを考える必要がある。その際、同じ立場にたつピア（ピアサポーターを含む）のチームへの参加は重要であるとしている。各論は、意思決定支援の仕組みづくり、及び仕組みにおける意思決定に関する関係機関や事業所等との連携などが具体的内容に記載されている。その中には（一部抜粋）、意思決定支援会議の開催が記載されており、意思決定支援責任者は、個々の利用者のための意思決定計画の作成、事業所内における意思決定支援の仕組みの構築、自立支援協議会等外部機関等の連携の情報の共有のために、意思決定支援会議の企画及び運営を効率的に行う役割がある。その際、本人及び保護者が意思決定支援会議に参加できるよう説明を行うとともに必要な支援を行うとある。また、意思決定支援における連携について、相談支援事業との連携、学校との連携、医療機関等との連携、自立支援協議会との連携、成年後見人等との連携、当事者団体等との連携が重要であると記載されている。そして、さらに、意思決定支援に際して生ずるリスクに対して、危機管理（リスクマネジメント）の観点から対応していくことが必要であるとあるとされている。

このことから、今後、成年後見制度において、本人を中心に、成年後見人になった親や関係者等が協議をして「後見プラン」を策定する仕組みの中に、「意思決定支援ガイドライン」を組み入れていくことが求められるようになって考えられる。

日本社会福祉士会の取り組みについて

2013 年度、成年後見委員会でプロジェクトを立ち上げ、「成年後見制度を中心に据えながら、権利擁護の仕組みづくりにおいて、社会福祉士あるいは社会福祉士会としてどういう役割が果たせるか」について検討を行ってきた。その結果、成年後見制度において、後見類型に比べて権利制限の緩やかな補助、保佐類型の活用が本来的に望ましいのではないかという仮説に立ち、その利用率が低い現状の実態把握と分析し、①補助、保佐類型の利用促進のために必要となる代理権、取消権の行使や関係機関とのネットワーク活用等後見活動に必要な視点、手法を検討し、整理すること。その上で、「意思決定支援」をキーワードに、②補助、保佐類型を活用した権利擁護のための後見事務執行の新しいモデルを提示することを目的として調査研究をすることになった。ぱあとなあ受任者を対象に「補助、保佐類型における本人同意、代理権、同意権・取消権行使の実態」アンケート調査を行い、以下の検討の必要性を確認した。

（１）成年後見制度の見直し⇒意思決定支援に変えていく

（２）成年後見制度における社会福祉士の専門性について

それを受けて、事例の分析を通じて、補助、保佐類型における本人意思の確認、代理権、取消権の行使や関係機関とのネットワークの活用等の後見活動に必要な視点、手法を検討していくことになった。

2014 年度は、老人保健事業推進費等補助金を受け、ぱあとなあの補助人・保佐人への事例ヒアリングと自治体ヒアリングを行い「認知症高齢者に対する意思決定支援としての成

年後見制度の利用促進の政策的課題と活用手法に関する実証研究」の報告書をまとめた。報告書では、障害者権利条約等から意思決定支援に配慮した成年後見制度の活用のあり方が問われるようになり、現行法の枠組みの中で、成年後見人等の支援の視点、必要な地域の権利擁護システムの構築のための提言を行った。その結果、早期にニーズを発見し成年後見制度につなぐ予防的支援の必要性和、本人の意思の引き出しと意思実現のために、支援にかかわる市民後見人・専門後見人とその他支援者の役割分担と連携（ネットワークによる一体的支援）の必要性が明らかとなった。提言内容は下記のとおり。

1. 意思決定支援に配慮した成年後見制度活用のための提案

- ① 早期発見と早期対応が可能となる仕組みづくりを検討する
- ② 補助類型・保佐類型の活用を推進する
- ③ 本人の意思決定支援の段階とそれぞれの立場での役割を共有する
- ④ 権限行使の際の判断基準や根拠を明確にする

2. 地域の権利擁護システム構築のための当面の行政施策の提案

- ① 市民後見人を活用する権利擁護システムを検討する
- ② 成年後見制度活用のための市民への啓発、支援者の研修のあり方を検討する

また、調査研究の成果として「本研究における意思決定支援の枠組み」をまとめることができた。この意思決定支援の枠組みでは、意思決定支援の段階を「個別ニーズや地域課題の発見と支援のつなぎ」→「本人意思の引き出し」→「表明された意思の実現」の3段階としている。

- 1. 個別ニーズや地域課題の発見と支援のつなぎの段階
- 2. 本人意思の引き出しの段階
- 3. 表明された意思の実現の段階

そして、意思決定支援のプロセスは、通常次のようなプロセスで行われるとしている。

- 1. わかりやすい情報を受けられる環境の整備
- 2. 意思の表出が困難な場合のコミュニケーションの支援
- 3. アセスメントにおけるニーズ判定への利用者の参加
- 4. サービス決定過程における利用者の同意と選択の尊重
- 5. 苦情を申し立てる権利の尊重と環境整備、・苦情に対する説明と具体的な対応

2015年度も、老人保健事業推進費等補助金をうけ、「権利擁護の人材育成・活用のための都道府県の役割と事業化に関する調査研究」の報告書をまとめた。本研究第Ⅰ部では認知症高齢者の意思決定支援や市民後見人の活用等に必要な市町村レベルでの体制整備を進めるため、「権利擁護人材育成事業」を活用した都道府県の市町村支援の役割と、その中の専門職団体との連携の在り方を明らかにすることを目的に研究を実施した。また、本研究第Ⅱ部では、二種類のツールを開発した。障害者権利条約第12条の趣旨を踏まえ、「法定後見人が持つ代行決定権限を原則的に最後の手段として位置づけ直し、通常の権利擁護活動は意思決定支援の手法によって行われるべきである」という前提にたち、民

法 858 条の本人意思尊重義務に基づく「支援の第一ステージ（自己決定支援型）」をまず優先し、この方法による本人の権利擁護が不可能もしくは不適切となった時点において、民法 858 条の身上配慮義務に基づく「支援の第二ステージ（他者決定型）」に切り替えて、最後の手段としての法的な代理・代行決定権限（法定代理権、取消権等）を行使して、本人の権利擁護を図るべきであるという基本姿勢に立脚しているものである。一つ目のツールは「成年後見活動におけるソーシャルサポート・ネットワーク分析マップ」もう一つは「成年後見活動における意思決定支援のためのアセスメントシート」である。このマップは、本人の意思決定支援に関わる周辺の関係者の状況を「ソーシャルサポート・ネットワーク」として捉え、本人との関係性を図示するツールである。成年後見人等もソーシャルサポート・ネットワークを構成する一員であり、本人の意思決定支援には誰がどのように関わっているのか、本人や他の関係者との関係性を分析し、ネットワークにおける成年後見人等の役割を明確にするために用いるものである。二つ目のこのシートは、本人参加を前提とした関係者の話し合いで用いることができるよう、意思決定支援のプロセスを明確にし、成年後見人等の権限行使の可否を検討することができるよう、「何をどのように検討しなければならないのか」の枠組みを示したものである。何よりも特筆すべきは、「本人に関わる意思決定の場面ごとに、ネットワーク分析マップに基づいて決定に関与させるべき関係者を選択したうえで、本人を交えた支援会議を開き、そこでの議論の内容をアセスメントシートの書式に従って記載していく」という、この一連のプロセスそれ自体が、同時に本人に対する適正な意思決定支援（場合によっては、最後の手段としての代理・代行決定権限の行使）のプロセスにもなりえるという点である。さらに、「認知症高齢者の自宅での独居生活支援を経て施設入所を支援した事例」、「家族状況の変化にともない生活の基盤を整える支援をした知的障害者の事例」、「意思決定支援に配慮した権利侵害からの救済事例」、三つの事例のプロセスにそってツールの活用例を作成し、ツールの意義や効果を検証している点も、I 部の研究で行った人材育成のノウハウの構築としても重要となる。ツールという形でノウハウを具体的に示すことで、意思決定支援に配慮した成年後見制度の活用と成年後見人等の活動のあり方を専門職後見人・市民後見人で共有することができる。

東京社会福祉士会では、2013 年身上監護ハンドブックを作成した。2013 年版の課題であった、障害者の視点を加えて、障害者施策の改定、制度の説明と合わせて、事例においては意思決定支援の課程に焦点を当て解説している 2016 年版の作成を行っている。

まとめにかえて

意思決定支援ガイドライン（案）よれば意思決定の領域は生活領域、人生領域、生命領域と日常的事項から法律行為に至るまで多様であり、本人意思の引き出し、表明された意思の実現には様々な関係者が関わらなければならない。意思決定支援や最後の手段としての代行決定の方向性は、個別的な本人の意思・意向という主観的価値によって示されることになるため、客観的な方向付けを実体的な価値の形式で一般的に示すことはそもそも大

変困難なことである。したがって、主として手続的正義の観点から裏付けられるべきことになる。意思決定支援ガイドライン（案）には、意思決定支援会議の開催や意思決定支援計画の作成、支援の経過・状況・結果については記録を残すとある。つまり、特定の支援者の専断的な決定を排して、本人はもとより本人を知る複数の関係者を交えて、本人の主観的価値判断が丁寧に追求されたという、協働的意思決定のプロセスが適正に踏まれた事実こそが重要でありそこには共通のツールが必要となってくる。さらに、関係者がツールを共有し活用することは、地域における権利擁護の推進が期待できると考えている。

意思決定支援に配慮した成年後見活動においては、日常の支援において社会福祉が持つソーシャルワークの基本的な視点に基づく支援手法を率先して活用し、推進することが課せられている。権利擁護の両輪として創設された社会福祉事業である日常生活自立支援事業では、本人ができることは本人が行うという視点に立ち自己決定を尊重し、代理はその次の支援という形で推進されてきた。そのソーシャルワーク実践は大変重要であるし、あらためて、意思決定支援において確認すべき支援ではないかと考える。社会福祉士においては、地域における権利擁護の推進者としての活動が期待されており、その要請に応えることが使命である。ソーシャルワークの視点は、障害者権利条約 12 条「法の前に等しく認められる権利」、19 条「社会的包摂」とも親和している。成年後見制度が権利擁護の中核となる制度として機能するためには、「本人中心主義」「意思決定支援」「社会的包摂」ということが、後見制度利用の目的であり核となる必要がある。市民後見人の活用と意思決定支援は、コミュニティーソーシャルワークとしても機能していくことが必要となっている。

最後に、社会福祉士は、「利用者の利益の最優先」「自らの先入観や偏見を排し、利用者があるがままに受容する」「利用者に必要な情報を適切な方法・わかりやすい表現を用いて提供し、利用者の意思を確認する」「利用者の自己決定を尊重し、利用者がその権利を十分に理解し、活用していけるように援助する」「意思決定能力の不十分な利用者に対して、常に最善の方法を用いて利益と権利を擁護する」等の倫理基準を設けており意思決定支援の支援推進者であることを忘れてはならないと考えている。

参考文献：

社会保障審議会障害者部会「障害者の意思決定支援・成年後見制度の利用促進の在り方について」,平成 27 年 10 月

http://www.mhlw.go.jp/file/05-Shingikai-12601000-Seisakutoukatsukan-Sanjikanshitsu_Shakaihoshoutantou/000096733.pdf

社会保障審議会障害者部会「障害者総合支援法施行 3 年後の見直しについて～社会保障審議会障害者部会報告書～」

http://www.mhlw.go.jp/file/05-Shingikai-12601000-Seisakutoukatsukan-Sanjikanshitsu_Shakaihoshoutantou/000106993.pdf

公益社団法人日本社会福祉士会「認知症高齢者に対する意思決定支援としての成年後見制度の利用促進の政策的課題と活用手法に関する実証的研究」http://jacsw.or.jp/01_csw/07_josei/2014/files/ninnchi_kenkyu.pdf

公益社団法人日本社会福祉士会「権利擁護人材育成・活用のための都道府県の役割と事業化に関する調査研究」http://jacsw.or.jp/01_csw/07_josei/2015/files/kenriyogo_ikusei.pdf