

成年後見ニュース

じゃがれたー

No.27

(じゃがれたーは、日本成年後見法学会 (Japan Adult Guardianship Law Association) =略称JAGA) が編集・発行するニュースレターです。

発行日 平成28年 9月30日

発行 一般社団法人  
日本成年後見法学会

発行人 理事長 新井 誠

編集 広報委員会

[委員長] 富永 忠祐

[委員] 岩井 英典  
大城 節子  
大輪 典子  
小嶋 珠実  
佐藤 米生  
長谷川 秀夫  
平岡 祐二  
星野 美子

**巻頭言**

## 「成年後見制度利用促進」にあたって

日本司法書士会連合会会長 三河尻 和夫

本年(2016年)4月「成年後見制度の利用の促進に関する法律」(以下、「利用促進法」という)および「成年後見の事務の円滑化を図るための民法及び家事事件手続法の一部を改正する法律」のいわゆる成年後見制度利用促進関連二法が成立した。これは、2000年4月に運用が開始された成年後見制度の利用が期待に反して進んでいないことを解消する施策を遂行しようとするものである。

成年後見制度には、法定後見として「後見」「保佐」「補助」の3類型があるが、なかでも、「保佐」「補助」の利用が極端に少ない。このことは、判断能力が喪失しているとはいえないが、ある程度の支援を必要とする人々が支援者のいないままにおかれ、詐欺被害や経済的虐待の対象となってしまうことを意味している。また、さまざまな権利制限があることによって、使い勝手の悪い制度となってしまうことがあげられる。

私たち司法書士は、現行制度の運用開始を見据えて、社団法人(現公益社団法人)成年後見センター・リーガルサポート(以下、「リーガルサポート」という)を立ち上げ、制度運用の担い手となる人材の育成に努め、現に、成年後見人の最大の給源となっているが、それだけに、上述のような現行制度の弊害を除去することの使命を認識し、

早くから、法改正に向けた働きかけをしてきた。この度、成年後見制度利用促進関連二法として結実したわけである。

ただ、今、新しい成年後見制度構築のスタートラインにようやく立ったということにすぎず、法制上の措置を講ずべきとされている今後3年間の活動成果が注目されるところであるが、私たち司法書士も「成年後見等実施機関」として、成年後見制度の利用の促進の基本理念に則り、その業務を行うとともに、国または地方公共団体が実施する諸施策に協力するよう求められているところである。

利用促進法は、2010年に横浜で開催された世界会議がきっかけとなったものであり、日本司法書士会連合会(以下、「連合会」という)としても、会長以下多数の役員が参加したが、しかし、その後開催された世界会議に連合会として参加することはなかった。

今年、ベルリンで開催される世界会議には連合会として副会長を派遣することとしたが、今後の成年後見制度利用促進における司法書士および連合会の役割をしっかりと認識し、リーガルサポートや日本成年後見法学会とも緊密に連携しながら、よりよい成年後見制度の構築に向けて進んで活動していく必要があると考えているところである。

# 第13回学術大会

平成28年5月28日(土)、日本成年後見法学会第13回学術大会が青山学院大学17号館で開催された。「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」を統一テーマに活発な議論が交わされた。

## 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

坂本大輔（内閣府政策統括官（共生社会政策担当）付障害者施策担当参事官）

坂本氏は、障害者権利条約を批准するまでの経緯、条約締結に向けた日本の取組みと国連に提出する第1回政府報告案の内容を報告した。

権利条約の考え方を受けて国内の法制度を整備し、「合理的配慮の提供」などの概念を規定したことを述べたうえ、最初の政府報告は、現行法の解釈や制度の運用状況を説明することにより日本の成年後見制度が同条約12条に抵触するものではないとの見解を示すとともに、条約の実施を監視する障害者政策委員会が認識する現行制度の課題（意思決定支援および法的能力の行使を支援する社会的枠組みの構築、後見類型の運用改善、家庭裁判所の監督業務の負担のあり方）を共有したとするコメントを付す形になると説明した。

### ◇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）

坂野氏は、日本が障害者権利条約を批准した後、同条約12条の解釈、規範内容を示すものとして国連障害者権利委員会が採択した一般的意見第1号には疑問があると述べた。国会承認の際、行為能力を制限する後見類型が問題とされなかったのは、同条約の文言が行為能力の制限や法定代理を否定する趣旨とは解釈できないからであり、また、ほ

んど判断能力のない、あるいは全くないという人を意思決定の主体としてその意思決定を支援することは擬制でありフィクションではないかとの見解を示しつつ、精神鑑定の原則実施など法律の趣旨に沿った後見開始およびその取消制度の運用、障害者本人の意思の尊重とそのため体制づくり、後見監督の充実、家庭裁判所のインフラ整備等によって、条約や一般的意見の理念を尊重して成年後見制度を運用すべきであると報告した。

### ◇障害者権利条約と民法理論

清水恵介（日本大学法学部教授）

清水氏は、障害者権利条約が及ぼす民法理論への影響を、「能力」、「代理」、「支援」という3つのキーワードにまとめる形で報告を行った。

「能力」に関しては、精神上的障害を理由として行為能力を制限しない新たな成年後見法の現行法体系上の位置付け、取消権規定の存置、精神上的障害を理由として賠償責任を否定する民法713条の見直しが問題となること、「代理」については、決定した意思内容の伝達や表示を委ねる「使者」の評価と取引の相手方保護との調整、「意思と選考の最善の解釈」が及ぼす任意後見法への影響、親族等が本人の意思に基づかず財産管理を行う事実上の後見人の処遇と事務管理法との調整といった問題があること、さらに、従来の民法にない「支援」という概念を民法体系中にどう位置付け、また、不適切な支援による意思決定に基づきなされた法律行為の評価等についても今後の整理が必要であると指摘した。

### ◇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）

大貫氏は、2010年成年後見法世界会議の「成年後見制度に関する横浜宣言」を具体化するための取組みを開始してから5年半を経て、2016年4月8日に成立した成年後見制度の利用の促進に関する法律（促進法）について、その意義と概要、今

後の課題等を報告した。

成年後見制度の理念の尊重、地域の需要に対応した成年後見制度の利用の促進、共生社会の実現、成年後見制度の利用に関する体制の整備といった促進法の基本理念と特徴、基本方針等を紹介したうえで、プログラム法としての性格を有する促進法にとって、今後3年以内に策定される基本計画が重要であり、日本成年後見法学会はこれからの促進法の行方を見守り、支援していきたいと述べた。

(司法書士 杉山 春雄)

## パネルディスカッション

### ◇パネリストからの発言

午後の部のパネルディスカッションは、熊谷士郎氏（青山学院大学）がコーディネーターを務め、赤沼康弘弁護士、井上計雄弁護士、山崎政俊司法書士および大輪典子社会福祉士の4名がパネリストとして登壇した。

まず赤沼氏より、制度改正研究委員会の立場から、わが国の成年後見制度は障害者権利条約（以下、「条約」という）に抵触する可能性があること、ただし、条約の下でも、本人に意思能力がない場合等における代理支援や、必要性の原則と本人意思の尊重を条件にすれば取消権も許容されうること、類型主義から一元主義への転換が必要であること等が述べられた。次に井上氏から、2015年10月に開催された日弁連人権擁護大会における「『成年後見制度』から『意思決定支援制度』へ」と題するシンポジウムの報告、今後立法が検討されるべき意思決定支援法の基本的な考え方として、精神上的の障害があることで典型的（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であり、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・代行を認めること等が述べられた。次に山崎氏から、(公社)成年後見センター・リーガルサポートが2014年5月に発表した「後見人の行動指針」の報告、条約の趣旨に適った制度改正の検討も必要であるが、意思決定支援のスキルを磨くことも重要

であること等が述べられた。次に大輪氏から、日本社会福祉士会による意思決定支援等に関する取り組みの報告、厚生労働省の「意思決定支援ガイドライン（案）」を踏まえ、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もつソーシャルワークの基本的視点に基づく支援手法を活用し推進することが課題であること等が述べられた。

### ◇指定発言

引き続き、会場からの指定発言が行われた。まず社会福祉士の細川瑞子氏から、知的障害者の障害特性を理解することの重要性、意思決定支援には限界があるので必要かつ過不足ない法的保護を成年後見制度が担っていること等が述べられた。次に司法書士の高橋弘氏から、取消権は失敗に対してやり直しを認め、本人意思を尊重する側面があるので、条約12条の精神に抵触するものではないが、現行制度では本人以外の者による取消権行使につき本人意思の尊重が担保されるしくみがないこと等が述べられた。次に中央大学教授の宮下修一氏から、民法が前提とする人間像と今後の成年後見制度のあり方、「支援」、「能力」の概念の検証と整理の必要性等が述べられた。

### ◇ディスカッション

休憩を挟み、コーディネーターとパネリストによるディスカッションが行われた。ここでは制度改正の論点と運用改善の論点を2つの柱として活発な議論が交わされた。また、会場から寄せられた質問にパネリストが回答することによって、より一層議論が深められた。

総括では、コーディネーターの熊谷氏から、今大会のテーマである成年後見人の職務を考えるに際しては、条約との整合性だけでなく、本日指摘されたさまざまな問題点を踏まえて、慎重に現状分析をし、十分な比較法的検討をすべき必要性があること等が述べられ、最後に新井理事長のコメントを得て、活況のうちに午後の部のパネルディスカッションが幕を閉じた。

(弁護士 富永 忠祐)



## 第13回総会報告

平成28年5月28日(土)午後1時から、青山学院大学17号館17309教室にて、本学会の第13回総会が開催された。以下、その概要を報告する。

開会宣言の後、本学会規約12条により新井誠理事長が議長を務めることが告知され、議事録署名人には北野俊光常任理事と富永忠祐常任理事が選任された。

### ◇議案第1号 平成27年度事業報告の件

池田恵利子副理事長が事前配布された議事資料に基づき平成27年度に実施された事業について、説明を行った。

研究調査部門について、学術大会の開催、制度改正・判例研究・高次脳機能障害に関する研究の各委員会の活動が報告された。続いて、「障害者権利条約と成年後見制度に関する連続研究会」について、および学会誌「成年後見法研究」第13号の編集、国際交流活動について報告があった。また、成年後見制度利用促進法の成立に向けた取り組みを行ってきたところ、同法が平成28年4月8日成立、5月13日施行との報告があった。

運営・広報部門について、総会の開催や会報「じゃがれたー」の発行のほか、総務・財務・審査・広報・ホームページの各委員会の報告がなされた。以上について、質問はなく承認された。

### ◇議案第2号 平成27年度決算報告の件

伊藤佳江常任理事が、前記議事資料に基づき平成27年度の決算報告を行った。

監査報告は書面にて了承とみなされ、上記について、質問はなく承認された。

### ◇議案第3号 平成28年度事業計画決定の件

大貫正男副理事長が、前記議事資料に基づき、平成28年度事業計画案の説明を行った。

研究調査部門では、学術大会の開催、制度改正・判例研究・高次脳機能障害に関する研究委員会の継続、特に制度改正委員会については、ベルリンで開催される成年後見法世界会議を踏まえて

大綱案を作成したいとの提案があった。

「障害者権利条約と成年後見制度に関する連続研究会」、学会誌の編集については昨年同様継続し、また、国際交流活動を活発に行い、学会として「成年後見制度利用促進法」成立後に向け、諸活動に具体的に取り組んでいくとの説明があった。

運営・広報部門については、総会の開催、会報の発行、組織化活動の予定について、説明がなされた。

以上について、質問はなく承認された。

### ◇議案第4号 平成28年度予算決定の件

伊藤佳江常任理事が、前記議事資料に基づき、平成28年度予算案の説明を行い、質問はなく承認された。

### ◇議案第5号 役員選任・委員交代の件

池田恵利子副理事長から、理事2名の常任理事就任、広報委員の交代の報告がなされた後、1名の理事の就任が審議され、承認された。

### ◇議案第6号 規約変更の件

新井誠議長より、規約15条（総会の議事録）および16条（役員の種別及び員数）の変更について説明され、質問はなく承認された。

### ◇おわりに

上記議案承認後、新井誠議長より、来年度の第14回学術大会は「成年後見制度の進むべき途」のテーマで開催予定であるとの告知がなされた。また、会費収入の件、今年9月に、「成年後見制度に関する横浜宣言」の改訂版が出される予定の成年後見法世界会議への期待、成年後見制度利用促進法成立後の当学会の学術団体としての果たすべき役割などについて話がなされた。最後に、青山学院大学三木義一学長への会場提供の謝辞とともに総会は終了した。

(社会福祉士 船井 幸子)

## 判例速報

## 認知症者の鉄道事故における親族の監督責任

—最高裁平成28年3月1日判決・金判1488号10頁—

## ●事案の概要

X 旅客鉄道会社が運行する路線の駅構内を列車が通過する時に、当時91歳で認知症患者の男性Aが、線路内に立ち入り、列車に撥ねられ死亡した。Xは、この死亡事故により、列車に遅れが生じた等の損害合計719万7740円を被ったとして、Aの妻Y<sub>1</sub>（当時85歳）、長男Y<sub>2</sub>ら遺族に対し、Aについての監督義務違反を理由として民法709条・714条に基づき損害賠償を求めた。一審は、Xの主張する全損害につき、妻Y<sub>1</sub>および長男Y<sub>2</sub>の連帯賠償責任を認容した。Yら控訴。原審は、Y<sub>1</sub>についてのみ、民法714条の監督義務者に該当し、監督義務を怠らなかつたとはいえないとしその責任を認めた。他方、Xの公共交通機関としての「社会的責務」などを勘案し、Y<sub>1</sub>の賠償責任額を5割に減じた。X、Y<sub>1</sub>双方から上告受理申立てがなされた。

## ●判決要旨

精神保健福祉法平成11年改正後「保護者」の精神障害者に対する自傷他害防止監督義務は、廃止されており、成年後見人の「身上配慮義務」は現実の介護・監督を求めるものではなく、「保護者や成年後見人であるだけで直ちに法定の監督義務者に該当するということとはできない」。また、夫婦の同居・協力扶助義務も抽象的なものであり、「精神障害者と同居する配偶者」が民法714条1項という監督義務者に当たるとはいえない。

「法定の監督義務者に該当しない者であっても、責任無能力者との身分関係や日常生活における接触状況に照らし、第三者に対する加害行為の防止に向けてその者が当該責任無能力者の監督を現に行いその態様が単なる事実上の監督を超えているなどその監督義務を引き受けたとみるべき特段の事情が認められる場合には、衡平の見地から〔中略〕法定の監督義務者に準ずべき者として、同条

1項が類推適用されると解すべきである」。

Aの妻Y<sub>1</sub>が、長年Aと同居してAの介護にあたっていたものの、当時85歳で左右下肢に麻痺拘縮があり要介護1の認定を受けており、Aの介護につきY<sub>2</sub>の妻Bの補助を受けていたなどの事情の下では、Y<sub>1</sub>は、民法714条1項の法定の監督義務者に「準ずべき者」にも当たらない。

Aの長男Y<sub>2</sub>については、Aの介護に関する話し合いに加わり、Y<sub>2</sub>の妻BがA宅の近隣に住んでA宅に通いながらY<sub>1</sub>によるAの介護を補助していたものの、Y<sub>2</sub>自身は、「20年以上もAと同居しておらず、本件事故直前の時期においても1箇月に3回程度週末にA宅を訪ねていたにすぎない」などの事情の下では、Y<sub>2</sub>は、同条1項の法定の監督義務者に「準ずべき者」に当たらない。

## ●解説

最高裁は、成年後見人や配偶者は直ちには民法714条の「法定の監督義務者」に当たらないことを明示した。他方で、「監督義務を引き受けたとみるべき特段の事情が認められる場合」は「法定の監督義務者に準ずべき者」として同条の類推適用がありうることも示唆する。それは、諸般の事情を総合考慮して、「衡平の見地」から「精神障害者の行為に係る責任を問うのが相当といえる客観的状況」が認められるか否かという観点から判断されるとする。

認知症者の行動による第三者の損害やリスクを、家族や介護の現場だけに押し付けるべきではない。社会が引き受けるべき問題でもある。そのリスクをいかに社会的に配分するかが重要な課題である。それは、社会で生じた富の配分をいかに行うか、国の財政政策とも密接にかかわる。今後、視野の広い検討が必要な問題である。安易な「特段の事情」の認定は避けるべきである。

（流通経済大学教授・弁護士 西島 良尚）

## 成年後見制度利用促進法成立にあたり

横浜で開催された「2010年成年後見法世界会議」から6年経ったが、今でも会場を埋め尽くした人々の熱気や白熱した討論を鮮やかに思い出す。一番衝撃を受けたのは、「これからは、国や行政の公的支援がなければ、制度はうまく機能しない」という発言であった。公的支援が貧弱なわが国の実情が浮き彫りにされ、ドイツやイギリス等との格差をあらためて思い知らされた。日本の参加者は、「日本は、行政・裁判所・民間の三位一体の支援体制を作らねばどんなに頑張っても課題解決につながらない」と思ったに違いない。討論の成果は、「成年後見制度に関する横浜宣言」（以下、「横浜宣言」という）に集約され、主催した日本成年後見法学会（以下、「本学会」という）は、「横浜宣言の具体化」という重い課題を背負うこととなった。

では、公的支援体制を作り、「誰でも利用できる制度」にするために本学会は何を為すべきか。従来型の調査・研究を行い、シンポジウム等で提言すれば、それで公的支援体制がつかれるのか。そうした問いかけから生まれたアイデアが「成年後見制度利用促進法」（以下、「促進法」という）である。この発案者は新井誠理事長であり、世界会議が閉会してその興奮や余韻が冷めやらぬ1カ月後、本学会は日本司法書士政治連盟とともに国会議員を訪問し、促進法の働きかけを行った。それから5年6カ月、何度か成立が危ぶまれるなど山あり谷ありであったが、平成28年4月8日、促進法は成立した。「横浜会議を単なるイベントにしない、あの会議をきっかけに制度が変わったと言われるようにしましょう」（理事会における池田恵利子副理事長の発言）、この強い決意が促進法の成立へと導いたものと考えられる。

### ◇促進法の意義

促進法の最大の意義は、「横浜宣言」がめざした、公的支援体制を創造したことである。促進法

をみると冒頭の目的（1条、以下、条数は促進法を指す）において、国の責務等を明らかにしたのを始め、基本理念（3条3項）で、家庭裁判所、行政、民間との相互の協力や適切な役割分担の下、必要な体制を整備することを強調している。その核心部分は、内閣府に置く成年後見制度利用促進会議と促進委員会である。成年後見制度を実際に動かしていく公的支援体制を定めるとともに、動かす主体を設置したことの意義は大きいものがある。どんな立派な促進法をつくっても、それを動かす体制や主体がなければ絵に描いた餅だからである。従来、成年後見制度の運用全体を所管する省庁は単独では見当たらなかった。本学会、（公社）成年後見センター・リーガルサポート、日本弁護士連合会、日本社会福祉士会等は数回にわたり制度改善を求めて提言書をまとめたのだが、それをどの省庁に提出してよいのか、曖昧のまま時が流れた。こうしたことが問題の解決を遅らせ、利用の低迷につながった。「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部署がどうしても必要であった。

促進法のさらなる意義は、「横浜宣言」で求めた理念と改革の方向が、促進法1条において目的として簡潔に明文化されたことである。すなわち、成年後見制度を、認知症、知的障害その他の精神上的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。民法第4編親族法において成年後見制度だけを取り上げて、ことさら目的を述べることは他の条文とのバランスからみて到底困難であったが、促進法はこれを見事に解決した。成年後見制度を財産管理や身上監護を通して社会全体を支えるしくみとしたことの意義は大きい。

### ◇促進法の基本理念

基本理念として、これまで、成年後見制度導入の背景として説明されていた①ノーマライゼーシ



ョン、②自己決定権の尊重、③身上保護の重視等の理念が促進法3条1項に盛り込まれたことは、特筆に値する。すなわち、「個人としてその尊厳が重んぜられ、その尊厳にふさわしい生活を保障されるべきこと」は、①ノーマライゼーションを、「意思決定の支援」と「自発的意思の尊重」は②自己決定権の尊重、「財産の管理のみならず」は③身上保護の重視、を意味していると解釈できよう。

また、同法3条2項では、地域の需要に対応した成年後見制度の利用の促進を定めている。市民後見人の養成を基本理念に位置づけ、同法11条8号の施策の基本方針に先立ち、総論的に定めていることに注目する。身寄りがなく適切な成年後見人候補者が見つからない人に対し、「共生社会の実現」のために国や地方公共団体はその責務として人材を確保するものとしている。「誰でも利用できる制度」をめざしていることの表れと評価したい。市町村は、「市民後見人養成講座」を開催し、多くの「市民後見人候補者」を誕生させたが、現実に成年後見人等に選任された数は少ない。どこに原因があるのかを分析し、改善を進めていく必要がある。

#### ◇「成年後見法」への進化

成年後見制度は、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の4つの法律から構成されていたが（「成年後見法」という法律は見当たらない）、今般、促進法によって5つの法律から構成されることになる。そして、促進法は4つの法律をつなぎ、統一的に全体を機能させる役割を果たすことになるから、成年後見法制としての完成をみたといえよう。これまでの相互の関連・連携で果たせなかった制度の利用が、「促進法」という魂が入ったことにより、基本理念と基本方針という血液が制度の隅々にまで万遍なく行きわたり、実効性のある改善策につながるものと評価する。この法体系からみて、促進法の性格は「成年後見制度基本法」ではないかと考えている。その理由は、制度の原

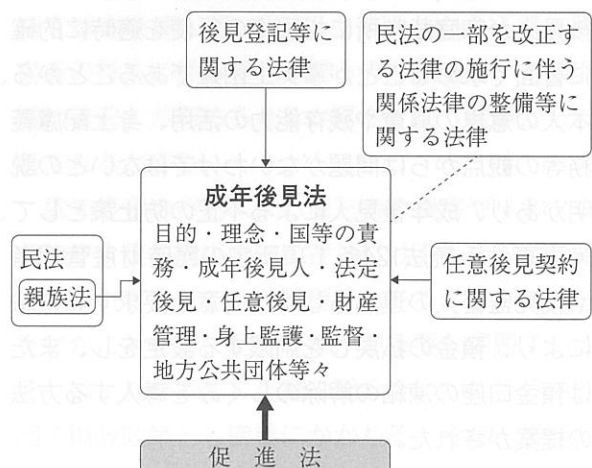
点に立ち帰り、成年後見制度全体を貫徹する根本理念を定めるとともに、公的支援の重要性を明らかにし、理念だけに留まることなく将来にわたる改革の方策ないし手続を明らかにして、制度のあるべきグランドデザインを描いているからである。さらに、民法等関連法で規定できない事項を念頭に置き、福祉法制で手当てする可能性を示唆しつつ、さらなる充実を図ろうとしている。

#### ◇課題

促進法は、本年5月13日に施行され、成年後見制度は、いわば「第2のスタート」を切った、といえよう。本学会は、横浜宣言の具体化という重い課題を背負い、国会議員に促進法の成立を働きかけたという経緯から、引き続き促進法のめざす施策の具体化にかかわっていく責務がある。特に、成年後見利用促進委員会から調査研究等の協力要請があった場合、積極的に応じるべきである。オールジャパンで構成されているという本学会の強みを活かし、国際的動向にも注視し、海外の優れた点を学びつつ、「誰でも利用できる制度」をめざすことが求められている、と考える。

（司法書士 大貫 正男）

（図）「成年後見法」をイメージする



## 障害者権利条約と成年後見制度に関する連続研究会

### 第9回 「成年後見支援信託を考える」参加報告

平成28年3月21日(月・祝)午後2時から午後5時半まで、筑波大学東京キャンパス文京校舎地下1階多目的講義室1において開催された日本成年後見法学会「障害者権利条約と成年後見制度に関する連続研究会 第9回 成年後見支援信託を考える」に参加したのでその報告をする。

研究会は、①弁護士(元公証人)・遠藤英嗣先生による講演、②立命館大学教授・大垣尚司先生による講演並びに③日本成年後見法学会理事長(中央大学法学部教授)・新井誠先生の司会による遠藤先生および大垣先生を交えてのディスカッション、の3部構成だった。

#### ◇遠藤英嗣弁護士「『後見制度支援信託制度』の問題点と成年後見人の不正防止を考える」

後見制度支援信託における委託者兼受益者である成年被後見人が死亡した場合の(「誰のものでもない財産」となっている)残余財産の帰属について、信託契約、約款等では曖昧な定めしか置かれておらず、疑問が生じうること、また、同信託は、成年被後見人の遺言を無にしてしまう可能性があること、(成年被後見人であっても遺言ができることとされているのに)成年被後見人である委託者による信託契約の変更の余地がないこと、親族後見人が家庭裁判所に指図権の行使を適時に的確に書面で求めることが事実上困難であることから、本人の意思の尊重や残存能力の活用、身上配慮義務等の観点からは問題がないわけではないとの説明があり、成年後見人による不正の防止策として、家事事件手続法124条1項所定の臨時財産管理者や後見監督人の連名もしくは同意を要求する方法により、預金の払戻しを制限する設定をし、または預金口座の凍結の解除のしくみを導入する方法の提案がされた。

#### ◇大垣尚司教授「意思能力の減退と本人の保護——金融と法の視点から」

最近「金融ジェロントロジー」を専門に研究

しているという講師から、判断能力が減衰している高齢者が当事者となる預金・証券取引における不正防止策の方向性について米国における最新の検討・対応状況の紹介があり、あわせて、高齢の消費者の保護に資するような善管注意義務の捉え方(高齢者の取引の相手方である金融機関等は、どのような対応をすれば免責されるのか、という観点からものを見がちであるが、そのほかに本人の利益を守るという視点から代理人の善管注意義務のレベルを考察する必要があること)等について詳細な説明があった。後見制度支援信託は親族後見人の不正防止策として導入されたものだが、そもそも法定後見はラストリゾート(最後の手段)であり、それ以前に金融機関の対応等によって多くの不正の防止が可能であること、すなわち、金融取引における本人保護のための施策は、後見制度の枠に止まるものではなく、金融一般に関する不正防止策と善管注意義務の高度化(専門性の向上)によって図られるべきであるという趣旨の説明がされ、あわせてその具体例(米国における実践例等)が紹介された。

#### ◇ディスカッション

障害者権利条約批准後、成年後見制度利用促進法成立後の日本の成年後見制度の方向性について議論がされ、家族信託や任意後見の活用が望まれること、制度設計に金融機関が適切にかかわる必要があること、成年後見人の教育・サポート機関の充実が必要であること、成年後見に関する法教育が重要であること等について指摘があった。

民法の学説の範囲内あるいは成年後見という枠の中だけで物事を考察していたのでは、真の意味で高齢者・障害者の支援や保護を考えることはできないのだということをあらためて認識することができた研究会であった。

日本成年後見法学会(司法書士 西川 浩之)



## 「アニタ・スミス氏との意見交換会」参加報告

2016年3月24日、オーストラリアのアニタ・スミス (Anita Smith) 氏が来日された機会に、同氏との間で、成年後見法に関する意見交換の場が設けられた。筆者は、東京税理士会館で開催されたこの意見交換会に参加する機会を得たので、以下、学会員にとって有益と思われるオーストラリア成年後見法の現状や特徴を中心に報告をしたい。

スミス氏は、同国タスマニア州の審判所 (Tribunal) の所長 (これは当時の役職で、その直後、同国ビクトリア州の審判所に異動された) であるとともに、同国の成年後見委員会 (Australian Guardianship and Administration Council (AGAC)) の委員長を務め、2012年に同国ビクトリア州・メルボルンで開催された第2回成年後見法世界会議では実行委員長も務められた方である。

同氏によれば、オーストラリアでは、障害者権利条約12条に関する一般的意見 (general comment) が命じる支援付き意思決定 (supported decision making) の要請を受けて、5つの州で成年後見法の見直しが始まっており、とりわけ、ビクトリア州では、最近、同国で最初に法改正を行い、支援付き意思決定のしくみを導入したばかりの状況とのことである。もっとも、ビクトリア州の新たな成年後見法は、他方で、従来型の代行意思決定 (substitute decision making) のしくみも存置しており、その限りでは、一般的意見を無視するものであるなどと話された。オーストラリアは、障害者権利条約を批准するにあたって解釈宣言をし、代行意思決定を必ずしも排除していないとの事情もある。ただし、同国では、元来、後見人に包括的な代理権を付与していたわけではなく、施設入所契約など、特定の法律行為についての代理権を付与するにすぎないとのことである。

また、支援付き意思決定のしくみを利用するに

あたっては、審判所への申立てを要し、本人の意思を確認しつつも、意思決定支援者 (supported decision maker) はあくまで審判所が任命するものとされている。そして、この支援付き意思決定は、カナダのアルバータ州等に見られる共同意思決定 (co-decision making) のしくみに近いものであると説明された。

なお、同氏の説明の中で、イギリス法のような意思決定能力 (mental capacity) の推定原則の下、意思決定能力が疑われる状況における金融取引上の意思決定支援の例が挙げられたものの、金融取引においてはむしろ代行意思決定が馴染み、支援付き意思決定が馴染むのは医療上の決定であるとの理解が示された。

ところで、オーストラリアにおいても、これら成年後見制度の利用者の多数派は認知症者であり、次いで知的障害者、高次脳機能障害や精神疾患をもつ者が続くとのことである。この点は日本の状況に近いものといえるが、後見の担い手という面においては、州政府の財政負担に基づく公的財産管理 (public trustee) や公的身上監護 (public guardian) といったものが、全体の50%程度において利用されているとのことであり、そのような制度を欠く日本との大きな違いとなっている。

さらに、財産管理に関しては、1990年代以降の制度として、任意後見に属する英米法的な持続的代理権 (enduring power of attorney) 授与のしくみもまた存在しており、代行意思決定や支援付き意思決定のしくみと併せて利用されているとのことである。

スミス氏のお人柄から、終始和やかなムードの意見交換会であった。英米法系に属しつつも地理的には日本に近いオーストラリアの成年後見法が今後どう進展するか。今回、その最新動向に触れ、今後も注視する必要性を感じた次第である。

(日本大学法学部教授 清水 恵介)

## 判例研究

判例研究委員会

## ■高齢者虐待防止法に基づく一時保護措置と国家賠償責任（東京地裁平成27年1月16日判決・判時2271号28頁）

## 〔事案の概要〕

原告Xは、母親Aを大田区（被告Y）所在のAの自宅で介護しながら2人で生活していた。平成24年9月6日、Aがショートステイで宿泊していた特別養護老人ホームPから、Aが家族から虐待を受けている可能性がある旨の通報を受けたYの職員は、関係機関と連絡を取り合い、関係者会議を開いて得られた情報をもとに、Aが虐待を受けている可能性が高いと判断し、7日に高齢者虐待防止法に基づく一時保護措置を行った。その後、Xは、ホームPの施設長からAは行政による一時保護下にあるとの連絡を受けたが、それ以外の情報提供はなかった。そこで、Xは、Yの職員が一時保護措置の要件である緊急性に関する情報収集、Xからの事情聴取およびXへの説明を怠った違法があるとして、国家賠償法に基づく損害賠償を求めて提訴した。請求棄却（確定）。

## 〔判決要旨〕

一時保護措置等を定めた高齢者虐待防止法9条1項および同条2項は、「高齢者の保護に向けた対応が、事柄の性質上、迅速かつ臨機応変に行われなければならない、また、その対応に当たっては、専門的知識を有する関係諸機関に属する者が多層的に連携する必要があることから、〔中略〕当該事案の対応に当たる者のその事案に即した適切な措置に委ねることを相当とした趣旨と解される」。「その対応・措置が著しく不合理であって裁量の逸脱又は濫用と認められる場合に限り、国家賠償法上違法であると解するのが相当である」。本件における事実経緯に照らすと、「被告の職員による緊急性の判断が著しく不合理であって裁量の逸脱又は濫用があったということはできない」。また、Yの職員が、Xからの事情聴取およびXへの説明等をしなかったとしても、「被告の職員のかかる対応が著しく不合理であって裁量の逸脱又は濫用があったということはできない」。

## 〔解説〕

本判決は、高齢者の保護に向けた対応・措置が市町村の担当職員の合理的な裁量に委ねられているとしたうえで、その対応・措置が国家賠償法上違法となるのはそれらが著しく不合理であって裁量権の逸脱・濫用と認められる場合に限るとの判断基準を示した。そもそも裁量とは、複数の考慮事項を比較衡量し、そのバランスを量りながら結論に至る判断過程である。裁量権の逸脱・濫用の有無は、行政がその判断にあたって要考慮事項を考慮したか、考慮禁止事項を考慮していないか、その考慮がバランスを失っていないか、などの観点からその判断過程に不合理な点がなかったか否かによって決せられることになる。本判決もかかる観点から、Yの職員が一時保護措置に至った経緯を詳細にフォローし、Aの全身に多数の痣があることを確認したこと、Aが「娘に殴られた」「家には帰りたくない」などと関係機関の職員または警察官に話したことを聞くとともに、Aが認知症に罹患しているものの認知能力等に問題がないことを確認したこと、関係者会議において、Aが原告に虐待された可能性が非常に高いと判断したとの連絡を受けたこと、Aを診察した医師から虐待の疑いがある旨聞いたことなどを総合して緊急性があると判断したことは至極当然であり、その判断が著しく不合理であって裁量の逸脱または濫用があったということはできない、との結論に至ったものである。このような判断基準および審査方法は、今後、同種の事例の参考になるものと思われる（参照：周作彩「地方公共団体が高齢者について高齢者虐待防止法に基づき一時保護措置を講じる等したことが違法ではないとされた事例」実践成年後見64号65頁）。（流通経済大学教授 周 作彩）

## ● 私と成年後見 ●

# 臨床医からみた成年後見制度への期待

## ◇医療介護現場の変化

2012年に筑波大学の朝田教授らが認知症患者の全国調査の結果から、認知症患者462万人、軽度認知障害患者400万人という全国推計値を発表しているが、老年精神科医として日々認知症患者の診療にあたっている実感としても、地域に暮らす認知機能が低下した人の数は、筆者が認知症の専門外来を担当するようになった20年前とは比べものにならないくらい増えているように感じる。このような状況に対して、アルツハイマー型認知症の治療薬が発売されたり、オレンジプラン、新オレンジプランと認知症の人が地域で暮らすためのさまざまな施策が展開されたりした結果、受診のタイミングがかなり早くなり、軽度の段階で診断がつくケースが増えたり、まだまだ不十分とはいえ医療と介護の連携が進んで、スムーズに介護保険サービスを導入したり、必要な時には医療が提供されたりとこの20年間で医療と介護に関しては大きな変化がみられる。

## ◇一方、成年後見制度は？

このような医療と介護をめぐる状況の変化に対して、介護保険と時を同じくして登場した成年後見制度は、鑑定に回らず診断書だけで審判が下る割合が増えたり、市町村長申立てが一般に行われるようになったりといった運用面での変化はあるものの、臨床現場で実感できるほどの変化は生まれていないように思う。地域では独居で身寄りのない高齢者が増加しており、医療介護関係者だけで地域で見守っているケースが増えている。このような場合、もしこの人が、がんになって手術が必要になったら誰から同意を得たらいいのだろうか、友人と称する人が出入りしているようだがお金を持っていかれているのではないだろうか、日常生

活自立支援事業の利用は開始になったが、いつ法定後見に切り替えたらいいのだろうか、といった権利擁護にまつわる心配を抱えながら見守っているのが現状である。また、早期に診断がついて、能力が保たれているうちに財産管理や医療同意に関して今後の進行に備えるようにアドバイスをしようとしても、任意後見は利用料金の点からハードルが高く、医療同意に関しては法的に有効な手段がないのが現状である。

## ◇成年後見制度利用促進法への期待

このような状況の中で、今年は成年後見制度利用促進法が制定された。財産管理から居住先の契約、介護サービス契約や日頃の買い物まで、高齢者の生活を支援するために後見制度は、欠かせないしくみであり、いくら医療や介護を充実させてもそれなしでは提供することは難しい。臨床医としては、地域にあまねく普及して、医療や介護を提供する基盤を提供してもらえるようになるのではないかと期待している。個人的には、臨床医である学会員の立場から、法律関係者にお任せするだけではなく、医療介護の現場で遭遇している地域の課題を整理して情報発信したり、能力評価など医学的な視点からの検討が必要な点について専門知識を提供したりして協力していきたいと考えており、さまざまな専門性をもつ学会員の皆様との連携が深まればと思っている。

(京都府立医科大学教授 成本 迅)

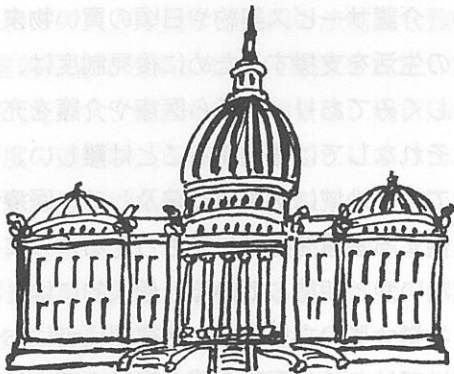


## ◆第4回成年後見法世界会議が開催されました◆

2016年9月14日～9月16日の3日間、ドイツ・ベルリンにて、第4回成年後見法世界会議が開催されました。

同会議は第1回が2010年に横浜、第2回は2012年にオーストラリア・メルボルン、第3回はアメリカ・ワシントンで開催されました。成年後見制度に関する世界的な関心の高まりから、その規模は年々、大きくなっています。

また、世界会議の2日前（9月12日）には、ベルリン日独センターにおいて、「日独シンポジウム」が開催されました。このシンポジウムでは、近時成年後見法の分野で最も重要なテーマとされている①支援付意思決定、②後見類型の一元化と多元化、③成年後見のネットワークについて、日本・ドイツ・韓国・台湾の研究者と実務家が議論をしました。



※世界会議の詳細は、次号（28号）でお知らせいたします。



※寄付をお寄せいただいた方のお名前の掲載は、次号（28号）を予定しております。

### 【日本成年後見法学会事務局】

〒150-0013 東京都渋谷区恵比寿 3-7-16  
（株）民事法研究会内  
TEL 03-5798-7239（直） FAX 03-5798-7278  
E-mail j\_jaga@nifty.com

◆編集後記◆ いわゆる「成年後見制度利用促進関連二法」が成立した。まず一歩前進である。請願の成果を喜ぶとともに、新たな問題点の指摘がある。早速、次の一歩の準備が始まっている。  
（大城 節子）